



UNIVERSIDAD DE JAÉN

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Y JURÍDICAS**
**DEPARTAMENTO DE DERECHO
CIVIL Y DERECHO FINANCIERO Y
TRIBUTARIO**

TESIS DOCTORAL

**LA EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA
VOLUNTAD DE LOS CONYUGUES EN LAS
CRISIS MATRIMONIALES**

**PRESENTADA POR:
VÍCTOR MORENO VELASCO**

**DIRIGIDA POR:
DR. D. LUIS JAVIER GUTIÉRREZ JEREZ**

JAÉN, 10 DE JUNIO DE 2013

ISBN 978-84-8439-790-8

**PRESENTADA POR:
VICTOR MORENO VELASCO**

**DIRIGIDA POR:
DR. LUIS JAVIER GUTIERREZ JEREZ**

JAÉN, ABRIL DE 2013

ÍNDICE.-

Abreviaturas.	7
CAPITULO PRIMERO. EL RECONOCIMIENTO GENERAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES COMO FORMA DE AUTORREGULACIÓN DE SUS RELACIONES PERSONALES Y PATRIMONIALES: LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.	8
I.- La libertad del individuo como origen del reconocimiento de la libertad de pacto entre los cónyuges.	8
1.- Los cambios sociales en el origen del reconocimiento de la autonomía de la voluntad.	9
2.- Origen constitucional de la autonomía personal de los cónyuges: la libertad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.	12
3.- El reconocimiento de la libertad de pacto en el Código Civil: el artículo 1323 del Código civil como precepto reconecedor de la libertad de pacto entre los cónyuges.	14
II.- Los límites a la libertad de pacto entre los cónyuges	16
1.- Los límites nacidos de los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges en el matrimonio previstos en los artículos 14 y 32.1 de la Constitución Española; de protección integral de los hijos, con independencia de su filiación previsto en el artículo 39.2 de la Carta Magna; el de protección de la familia previsto en el artículo 39.1 del mismo texto, así como el de seguridad jurídica.	17
1.1.- El principio de igualdad de los cónyuges	17
1.2.- El principio de protección integral de los hijos con independencia de su filiación	18
1.3.- El principio de protección de la familia	19
1.4. El principio de seguridad jurídica.	19
2.- Los límites derivados de la configuración del matrimonio como institución, abarcando las normas imperativas referentes a los deberes entre cónyuges, las causas de separación, etc.	19
3.- Los límites generales impuestos a la autonomía de la voluntad de las partes por el artículo 1255 del Código civil: la ley, la moral y el orden público.	20
4.- Los límites recogidos en el artículo 90 del Código Civil: daño para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges y el establecido en el artículo 1328 del Código Civil que sanciona con nulidad cualquier pacto restrictivo de la igualdad que corresponda a cada cónyuge	30
CAPITULO SEGUNDO.- EXPRESIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES ANTES DE LA CRISIS CONYUGAL	35
I.- Los acuerdos prematrimoniales.	35
1.- Materias de libre disposición	38
1.1. La pensión compensatoria.- La renuncia anticipada.	38
1.2. Los acuerdos relativos al régimen económico matrimonial.	42
1.2.A.- Pactos relativos al régimen de sociedad gananciales	42
1.2.B.- Pactos relativos al régimen de separación de bienes	48

1.2.B.a. Pactos modificativos de la regla general del artículo 1441 del Código Civil	49
1.2.B.a.a'' Pactos presuntivos	49
1.2.B.a.b''.- Pactos atributivos de propiedad	51
1.2.B.b.- La aplicación convencional del principio de subrogación real.	51
1.2.B.c.- Pactos relativos a la gestión y administración de los patrimonios de los cónyuges.	53
1.2.B.d.- Los pactos relativos a la indemnización prevista en el artículo 1438 CC: La contribución a las cargas de matrimonio y la compensación por trabajo para la casa prevista en el artículo 1438 del Código Civil.	55
2. Materias de orden público	66
2.1. Respecto de los cónyuges	66
2.2. Respecto de los hijos: guarda y custodia, atribución del uso de la vivienda familiar habiendo hijos menores y alimentos de los hijos menores	69
2.3. El reconocimiento en Derecho Foral de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para regir sus relaciones con los hijos menores. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. El Plan de Parentalidad	84
II.- La confesión de privatividad.	86
1.- Antecedentes legislativos, concepto y justificación de la confesión de privatividad.	86
2.- Eficacia de la confesión de privatividad.	89
2.1. Eficacia entre los cónyuges.	89
2.2. Eficacia respecto de los herederos forzosos del confesante y respecto de los acreedores de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.	94
2.2. A.- La eficacia respecto a los herederos forzosos.	94
2.2.B.- La eficacia respecto a los acreedores.	99
3.- Clases de confesión de privatividad.	103
3.1. La confesión de privatividad en cuanto a su forma.	103
3.1. A. La Confesión extrajudicial.	103
3.1.A.a. Entrevivos	104
3.1.A.b Mortis Causa	105
3.1.B. La confesión judicial	106
3.2. La confesión de privatividad en cuanto a su contenido	109
4.- El momento de la confesión de privatividad.	110
5.- Ámbito objetivo de la confesión de privatividad.	110
6.- Ámbito subjetivo de la confesión de privatividad.	111
7.- Impugnación de la confesión por vicios del consentimiento. La simulación de la confesión	112
7.1. La confesión realizada con error, dolo, violencia o intimidación del confesante	112
7.2. La simulación en la confesión de privatividad.	114
8.- Confesión de privatividad y Registro de la Propiedad.	118
III.- La atribución de la ganancialidad por voluntad de los cónyuges.	125
1.- Naturaleza jurídica de la atribución de ganancialidad.	125
2.- La atribución expresa y presunta de la ganancialidad.	126

2.1- El párrafo primero del artículo 1355 del Código Civil.	126
2.2. El párrafo segundo del artículo 1355 del Código Civil.	127
3.- El requisito temporal.	129
4.- El carácter oneroso de la adquisición.	131
5.- El derecho de reintegro. La relación entre los artículos 1355 y 1358 del Código Civil.	133
6.- La relación entre los artículos 1355 y 1356 del Código Civil.	134
7.- La atribución de ganancialidad en momentos distintos a la adquisición: el negocio de aportación de bienes a la sociedad de gananciales. El problema de la causa.	135
7.1 La atribución de ganancialidad en momentos distintos a la adquisición: el negocio de aportación de bienes a la sociedad de gananciales	135
7.2. La causa del negocio de atribución de bienes a la sociedad de gananciales.	139
8.- La relación entre los artículos 1324 y 1355 del Código Civil. La no aplicación a <i>sensu</i> contrario del artículo 1355 del Código Civil. Efectos frente a terceros de la atribución de ganancialidad	141
9.- El artículo 1355 del Código Civil y la teoría de los actos propios.	144
IV.- El protocolo familiar: acuerdos de contenido matrimonial	147
1.- Determinación del régimen económico matrimonial.	149
2.- La modificación del régimen económico matrimonial	149
CAPITULO TERCERO.- EXPRESIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES EN EL MOMENTO DE LA CRISIS MATRIMONIAL.	152
I.- El Convenio Regulador como expresión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el momento de la crisis matrimonial.	152
1.-Delimitación conceptual y naturaleza jurídica.	152
2. Contenido Mínimo.	154
3.- Renuncia a la pensión compensatoria en un Convenio regulador.	155
3.1. Renuncia tácita a la pensión compensatoria.	157
3.2. Separación de hecho y sus efectos en el establecimiento de la pensión compensatoria.	158
4. Otras estipulaciones.	159
5.- El Convenio Regulador no ratificado judicialmente.	160
5.1. Validez del Convenio Regulador no ratificado en cuanto a las materias disponibles.	160
5.2.- Validez del Convenio Regulador en cuanto a las materias no disponibles	165
II.- La mediación familiar y la autonomía de la voluntad: eficacia jurídica del acuerdo de mediación	167
1.- La mediación familiar.	167
2. La ejecución del acuerdo de mediación en materias no disponibles.	176
III.- Acuerdos adoptados fuera del Convenio regulados en el Derecho Catalán	183
CAPITULO CUARTO.- LA INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS PACTOS DE LOS CONYUGES EN SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA.	185

I.- Nulidad de los negocios jurídicos de Derecho de familia relativos a las crisis matrimoniales en la jurisprudencia	186
1. Nulidad por falta de consentimiento.	187
2. Nulidad por simulación.	189
II.- Anulabilidad de los negocios jurídicos de Derecho de Familia relativos a la crisis matrimonial.	191
1.- Anulabilidad por error.	192
2.- Anulabilidad por dolo.	194
3. Anulabilidad por violencia o intimidación.	197
III.- Rescisión por lesión en más de una cuarta parte de la liquidación de la sociedad de gananciales.	199
CONCLUSIONES	210
INDICE BIBLIOGRAFICO	217
INDICE JURISPRUDENCIA	228

Abreviaturas.-

AAMN	Anales de la Academia Matritense de Notariado
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
Ar.C	Aranzadi Civil
BDA	Base de Datos Aranzadi
DGRN	Dirección General de los Registro y del Notariado
EDJ	Base de Datos el Derecho (Jurisprudencia)
JUR	Jurisprudencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
PJ	Revista del Poder Judicial
RAJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RJ	Repertorio Jurisprudencia
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional

“PACTA SUNT SERVANDA” (Cfr. ULPIANO. D.2.14.7.7)

CAPITULO PRIMERO. EL RECONOCIMIENTO GENERAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES COMO FORMA DE AUTORREGULACIÓN DE SUS RELACIONES PERSONALES Y PATRIMONIALES: LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

I.- La libertad del individuo como origen del reconocimiento de la libertad de pacto entre los cónyuges.

La voluntad es la facultad que permite al ser humano gobernar sus actos, decidir con libertad y optar por un tipo de conducta determinado. La voluntad es el poder de elección con ayuda del raciocinio.

De esta forma voluntad y libertad se cohesionan ya que mediante un acto voluntario, el ser humano decide sobre cuestiones relativas a su persona y patrimonio.

En la filosofía contemporánea se presenta como valor fundamental, que representa, en definitiva, la capacidad de decisión propia de un ser dotado de inteligencia y capaz de autodeterminarse a sí mismo, desde las ideas. La voluntad es la potencia del ser humano, que le mueve a hacer o no hacer una cosa.

*Según Kant “Todos los hombres se piensan libres en cuanto a la voluntad”. De la misma forma, afirma que “La autonomía de la voluntad es el estado por el cual ésta es una ley para sí misma, independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer... el principio de la autonomía no es más que elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales..”*¹

Todo ello, implica que ampliar los límites de la autonomía de la voluntad supone apostar por la libertad del hombre para regir su destino, libre de interferencias de terceros, privados o públicos.

Así, la autonomía de la voluntad en Derecho de Familia, y en concreto en Derecho Matrimonial, no es más que una afirmación la libertad de los miembros de la pareja que, como seres humanos, tiene el derecho fundamental a libre de desarrollo de su personalidad.

1.- Los cambios sociales en el origen del reconocimiento de la autonomía de la voluntad.

Que la sociedad va siempre por delante del Derecho es algo innegable y, en materia de Derecho de Familia, una constante.

Actualmente, ha quedado superada la concepción del Derecho de Familia como Derecho Público, por cuanto predomina el principio de personalidad, por encima del principio de comunidad², con independencia de que algunas de sus normas sean de *ius cogens*. Queda encuadrado, por tanto, en el Derecho privado, y más concretamente en el Derecho Civil.

¹ Imanuel Kant “ *Fundamentación metafísica de las costumbres*”, 1785, Colección Austral, Espasa Calpe, Madrid, 1990.

² VILLAGOMEZ CEBRIÁN, “*Consideraciones sobre la especialidad procesal en los juicios matrimoniales y su naturaleza jurídica*”, Actualidad Civil, nº21/19-25 mayo, 1997, marginal 475

De esta forma, coincido con PEREZ VALLEJO en que *“las medidas imperativas para proteger a la persona, para mantener la unidad y la buena organización de la familia, para que en los tratos y contratos no se dañen los intereses de la moral y la comunidad, no exceden del Derecho privado; antes bien, en cuanto defensoras de la persona, son la expresión más fiel y directa del principio rector del Derecho privado”*.³

La doctrina tradicional caracterizaba el Derecho de Familia por la limitada autonomía privada existente en su regulación⁴. Hace unos años, DE LA CÁMARA⁵ afirmaba que hablar de autonomía privada en el ámbito del Derecho de Familia era un disparate, siendo las normas reguladoras de las instituciones familiares fundamentalmente imperativas, dejando poco margen a la libertad de pacto de los cónyuges.

Con la evolución de la sociedad hacia una cultura de independencia personal y patrimonial de los cónyuges, es frecuente encontrarse con modelos matrimoniales en los que son ambos miembros de la pareja los que perciben ingresos. Se percibe una tendencia hacia una independencia económica, y por ende, personal de los cónyuges, si bien, asumiendo conjuntamente las cargas del matrimonio.

A esta independencia económica de los esposos debemos añadir una cultura divorcista que iniciada en el año 1981, ha visto su máxima expresión en la ley 15/2005, de 8 de julio.

³ PEREZ VALLEJO, *“El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges”*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 2000, pag. 31

⁴ LACRUZ BERDEJO, *“Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia, Vol.I”*, Barcelona, Bosch, 1990, pag.17

⁵ DE LA CAMARA ALVAREZ, *“La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia”*. Boletín de Información de la academia granadina del notariado, separata nº9, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1986, pag 7

La ruptura matrimonial ha dejado de ser algo infrecuente para percibirse socialmente como una posibilidad, y de ahí que se esté observando un interés por regular anticipadamente sus consecuencias.

Proliferan, de esta forma, familias reconstituidas en las que los cónyuges han aprendido de experiencias pasadas y pretenden “asegurarse” de controlar al máximo una eventual ruptura.

Todo ello lleva a la generalización de las capitulaciones matrimoniales mediante las cuales los cónyuges, o los que van a serlo, acuerdan regirse por el régimen de separación de bienes, o bien deciden pactar aspectos, tanto de su vida matrimonial, como de una eventual y futura ruptura.

En el mundo anglosajón existe, desde antaño, la posibilidad de pactar antes del matrimonio los efectos de la ruptura, si bien en España no existe una cultura general de dichos pactos, ya que prever los efectos de una ruptura antes del matrimonio mismo es algo impensable para muchas parejas que ven estos pactos como un signo de desconfianza en el otro cónyuge y en las posibilidades de convivencia. Todavía permanece el “*para toda la vida*” en muchas parejas.

No obstante, resulta curioso como en la práctica, aquellas personas que vienen de un anterior matrimonio tienen un especial interés por pactar los efectos de ulteriores matrimonios, sobre todo si la experiencia del divorcio ha sido especialmente traumática y aún pagan importantes pensiones, quedando, en muchos casos, su patrimonio reducido considerablemente.

De la misma forma, y aún no habiendo pactado nada antes de la crisis, la tendencia hacia el mutuo acuerdo es clara, siendo mucho más numerosos los divorcios que se tramitan mediante el procedimiento de mutuo acuerdo, con

la firma de un Convenio Regulator, que los que se tramitan de forma contenciosa.

Así, según los datos del Consejo General del Poder Judicial, las separaciones de mutuo acuerdo ascendieron el último trimestre de 2012 a 887, frente a las contenciosas, 437; de la misma forma los divorcios de mutuo acuerdo ascendieron a 13.777, mientras que los contenciosos sumaron 9.567.⁶

Así las cosas, y ante este cambio social, resulta especialmente interesante el análisis de todas aquellas formas de autoconciliación o autorregulación por parte de los cónyuges de su propia realidad matrimonial, así como de su ruptura. Asimismo, si es interesante la libertad de pacto, también lo es cuáles son sus límites y efectos de los diferentes acuerdos.

En definitiva, y en palabras de PEREZ HEREZA⁷ *“la determinación de la amplitud del principio de autonomía de la voluntad en el derecho de familia, es una cuestión fuertemente influida por concepciones morales y sociológicas, por tanto en constante evolución, paralela a la que incide sobre el concepto mismo de familia”*.

2.- Origen constitucional de la autonomía personal de los cónyuges: la libertad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A la hora de buscar un reconocimiento legal de la autonomía de los cónyuges para pactar cuestiones relativas a su matrimonio debemos partir de los principios y derechos constitucionales, en concreto del principio de libertad

⁶http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Informes_estadisticos

⁷ PEREZ HEREZA, *“La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales”*, Anales de la Academia Matritense de Notariado, Tomo XLVIII, curso 2007/2008, Colegio Notarial de Madrid, pag. 553.

y al libre desarrollo de la personalidad prevista en el artículo 10 de la Constitución Española.

La libertad es proclamada constitucionalmente como uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico, tal y como prevé el artículo 1 de la Constitución Española. Ello supone que el Estado debe garantizar que los individuos puedan organizar libremente, y según sus intereses, su matrimonio y su familia, aunque, evidentemente, con ciertos límites constituidos por otros principios como el de igualdad, previsto en los artículos 14 y 32 de la Constitución Española; seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 del texto constitucional; protección de la familia, previsto en el artículo 39.1 de la Carta Magna, y otros de menos calado constitucional, pero de igual importancia práctica, como la protección de los acreedores, como ya veremos.

De esta forma, partiendo del valor libertad individual proclamado constitucionalmente, el legislador civil introdujo en el año 1981 la posibilidad de pactar los efectos de la separación, nulidad y divorcio a través del Convenio Regulador, iniciando un proceso que tiene su corolario con la aprobación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, a través de la cual se da un paso de gigante en el reconocimiento de la autonomía privada como forma de autorregulación de los cónyuges de su realidad matrimonial y su crisis⁸.

En el año 2005, se da un punto de inflexión sin retorno de los contornos del Derecho de Familia que busca, según la propia Exposición de Motivos de la Ley⁹:

⁸ TORERO MUÑOZ, *"Familia y Matrimonio"*, Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones, Práctica de Derecho, coordinador LLOPIS GINER, Valencia 2005, pags. 37-39

⁹ LLOPIS GINER, *"El contenido del Convenio Regulador. Sus diferentes aspectos."*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pag. 21

- a) *“Ampliar el ámbito de la libertad de los cónyuges en los relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial”*

- b) *“Reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge”*

Pese a lo dicho no podemos olvidar, como ya hemos apuntado, y afirmó Díez-Picazo, que *“hay un orden público familiar y lo que corresponde al orden público familiar es indisponible y queda más allá de las posibilidades de actuación de la autonomía privada”*.¹⁰

3.- El reconocimiento de la libertad de pacto en el Código Civil: el artículo 1323 del Código civil como precepto reconocedor de la libertad de pacto entre los cónyuges.

Con carácter general el artículo 1323 del Código Civil permite a los cónyuges celebrar validamente toda clase de contratos, sin más límites que las leyes la moral o el orden público, tal y como prevé el artículo 1255 del Código Civil.

De la misma forma, los cónyuges podrán pactar cualesquiera disposiciones por razón de matrimonio, tal como se prevé en el artículo 1325 del Código Civil, teniendo las obligaciones derivadas de los mismos plena fuerza vinculante entre los cónyuges, según reza el artículo 1091 del Código

¹⁰ DIEZ-PICAZO, *“La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia”*, en Viladrich (coord), *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, Pamplona 1989, pag. 44

Civil, siempre que concurren los requisitos esenciales para la existencia del negocio recogidos en el artículo 1261 del Código Civil, y se cumplan los requisitos de forma *ad substantiam* y las especiales en las materias objeto de pacto, tal y como se prevé en los artículos art. 90 párrafo 2º, 1328 y 1814 del Código Civil¹¹.

En definitiva, los cónyuges pueden celebrar negocios jurídicos de cualquier tipo y en especial de Derecho de Familia, con plena eficacia jurídica (Sentencia del TS de 22 de abril de 1997¹²; Sentencia del TS de 27 de enero de 1998¹³ y Sentencia del TS de 14 de mayo de 2001¹⁴).

La tendencia es, por tanto, que tienden a desaparecer los “*modelos excesivamente protectores o tuitivos de los individuos*” que en muchas ocasiones coartan la libertad de actuación de aquellos y les obligan a verse regulados por modelos que no siempre satisfacen sus intereses personales¹⁵.

De esta forma coincido con AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, en afirmar que *“Pasado un tiempo de reflexión desde la reforma de 1981, sin atisbo de duda en cuanto a qué deba significar la igualdad entre los esposos y su posición dentro del matrimonio, deben afrontarse las relaciones entre los cónyuges con una cierta perspectiva favorable al reconocimiento de una mayor libertad y respeto del ámbito de responsabilidad de los sujetos para permitir que puedan decidir sobre algo tan privado como sus relaciones personales y patrimoniales,*

¹¹ GONZALEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)”, Boletín de derecho de Familia, Año VIII, número 81, julio 2008, pag 13

¹² Sentencia del TS, num. 325/1997, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3251).

¹³ Sentencia del TS, Sala 1ª, S 27-1-1998, nº 31/1998, rec. 3298/1993. Pte: Almagro Nosete, José RJ 1998\110

¹⁴ Sentencia del TS, 453/2001, de 14 de mayo de 2001, Rec. 1097/1996.- ponente Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote(RJ 2001\6005)

¹⁵ AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “La Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia”, AAVV, Dykinson, 2009, pag.122

*ajustándolas a sus necesidades concretas y reales, con la adecuada dispensa a la protección de terceros”.*¹⁶

II.- Los límites a la libertad de pacto entre los cónyuges

Si nos hemos referido a la autonomía de la voluntad como expresión de la libertad del individuo, en cuanto poder de tomar decisiones sobre su persona y patrimonio, no podemos olvidar los límites a dicho poder.

Resulta obligado, en una sociedad civilizada, que la libertad del individuo este limitada por principios o valores que la propia sociedad considera tan importantes como para autolimitar la voluntad de sus individuos y, en consecuencia, su libertad.

Respecto de los límites AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, realiza una sistematización en grupos de límites que por su claridad asumiré en la exposición de esta materia¹⁷.

En primer lugar aparecen los límites nacidos de los principios constitucionales; en segundo lugar los límites derivados de la configuración del matrimonio como institución, abarcando las normas imperativas referentes a los deberes entre cónyuges, las causas de separación; en tercer lugar los límites generales derivados del artículo 1255 del Código civil: ley, moral y orden público; y en cuarto lugar, los límites derivados del artículo 90 y 1328 del Código Civil. Estudiemos cada uno de ellos.

¹⁶ vid,op, cit, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *“La Autonomía de la Voluntad.....”*, pag.126

¹⁷ vid, op, cit, GONZALEZ DEL POZO, *“Acuerdos y contratos prematrimoniales”*, pag 13

1.- Los límites nacidos de los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges en el matrimonio previstos en los artículos 14 y 32.1 de la Constitución Española; de protección integral de los hijos, con independencia de su filiación previsto en el artículo 39.2 de la Carta Magna; el de protección de la familia previsto en el artículo 39.1 del mismo texto, así como el de seguridad jurídica.

1.1.- El principio de igualdad de los cónyuges

En primer lugar, el principio constitucional de igualdad entre los cónyuges quedaría afectado si, como consecuencia del pacto, se anulara completamente la capacidad de uno de los cónyuges o se colocase a uno de los esposos bajo el dominio permanente del otro sujetándole a su poder de decisión; si se afectase a la libertad de domicilio y residencia; o por último, si se suprimiese el derecho de un cónyuge a ser informado por el otro¹⁸.

Este principio constitucional tiene su reflejo en la legislación civil en los artículos 66 y 1328 del Código Civil, según los cuales los cónyuges son iguales en derechos y deberes.

No obstante, el límite constitucional no puede llegar al extremo de impedir que, en las relaciones patrimoniales, un cónyuge decida encargar al otro la administración de sus bienes o alterar la regla de la proporcionalidad en la contribución a las cargas del matrimonio.¹⁹

Abordar los límites constitucionales de la libertad de pacto de los cónyuges debe hacerse considerando, no sólo el derecho mencionado, como

¹⁸ vid,op, cit, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. “*La Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos...*”, pag.145

¹⁹ MORENO-TORRES, “*La pensión compensatoria*”, en la reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005). Marcial Pons, 2007, pags 133 y 134

límite, sino la consagración constitucional y legal del derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 10 de la Constitución Española. Así, lo que se prohíben son aquellos pactos que supongan una limitación de la capacidad de cualquiera de los cónyuges o una subordinación personal de uno de ellos a favor de otro, y en ese sentido, hay que interpretar el artículo 1328 del Código civil, al que nos referiremos posteriormente.

1.2.- El principio de protección integral de los hijos con independencia de su filiación

En materia de pactos matrimoniales el interés de los hijos se torna como un límite infranqueable, ya que este interés debe garantizarse por el Estado, tal y como exige la propia Constitución Española, al igual que el Derecho Internacional²⁰.

El interés de los hijos es algo muy casuístico y particular, y como veremos posteriormente, los padres deben tener, y de hecho tienen, la posibilidad de pactar lo que consideren oportuno respecto de sus hijos. Ellos son los mayores concedores, con carácter general, de los intereses de sus hijos.

El juego del derecho a la libertad personal de los padres y el interés de los hijos nos lleva a la conclusión de que únicamente el Estado podrá intervenir o declarar la nulidad de los pactos que sean perjudiciales para los menores, y

²⁰ Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los arts. 23 y 24), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el art. 10) y Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, (ratificado por España el 30 de noviembre de 1990).

sólo en dichos casos, respetando, en caso contrario, los pactos alcanzados por los cónyuges respecto de sus hijos²¹.

1.3.- El principio de protección de la familia

Estoy de acuerdo con PEREZ HEREZA²² en que si bien en la actualidad el interés individual prima sobre el interés familiar, éste principio subsiste e impone ciertos límites a la autonomía de la voluntad, que impregnan la normativa y que se irán observando en el desarrollo de la materia.

1.4. El principio de seguridad jurídica.

El hecho del matrimonio y los pactos que los cónyuges alcancen producen efectos entre los cónyuges, pero además puede producirlos respecto de terceros. Por esta razón el régimen básico de constitución y disolución del régimen económico matrimonial es de orden público y sometido a normas de derecho imperativo, y, asimismo, el Estado debe garantizar que los negocios jurídicos de familia no perjudiquen a terceros.²³

2.- Los límites derivados de la configuración del matrimonio como institución, abarcando las normas imperativas referentes a los deberes entre cónyuges, las causas de separación, etc..

A efectos sistemáticos, estos límites los trataremos al abordar, en el siguiente punto relativo a los límites impuestos por la ley imperativa.

²¹ Sobre esta cuestión ahondaremos posteriormente en el capítulo relativo a los acuerdos prematrimoniales.

²² vid, op cit, PEREZ HEREZA, "*La autonomía de la voluntad en las*", pag. 554.

²³ Iremos viendo como la protección de terceros es una constante en la regulación de los negocios jurídicos de familia, sobre todo los de contenido patrimonial, y que alteran la naturaleza privativa o ganancial de los bienes por voluntad de los cónyuges.

3.- Los límites generales impuestos a la autonomía de la voluntad de las partes por el artículo 1255 del Código civil: la ley, la moral y el orden público.

En primer lugar trataremos los límites impuestos por la ley. Respecto a éstos, coincido con PEREZ VALLEJO²⁴, en que la ley a la que se refiere el artículo 1255 del Código Civil, es la ley imperativa, que es aquella que impone prohibiciones y que prevé, en caso de contravención, la nulidad.

Ahora bien, conocer sus efectos nos dará pistas para su identificación. Para algunos autores no existe en el ordenamiento jurídico una presunción legal del carácter dispositivo de las normas (AMOROS). Sin embargo para otros (DORAL y DEL ARCO) podemos entender que dentro del ordenamiento jurídico sí existe una presunción del carácter disponible de las normas.²⁵

A mi modo de ver, para identificar una norma imperativa existirían dos criterios fundamentales, partiendo del mandato del artículo 3.1. del Código civil:

En primer lugar, bien que la propia ley determine el carácter imperativo de la norma, y la imposibilidad de pacto en contrario (ejem. formalidades para contraer matrimonio.- artículo 49 y siguientes del Código Civil, prohibición de someter el matrimonio a término o condición-art. 45 del Código civil) o bien todo lo contrario, el carácter disponible y la posibilidad de pacto en contrario (ejem. elección del régimen económico matrimonial).

En segundo lugar, que la finalidad de la norma lleve al intérprete de la misma a la conclusión de que un pacto en contrario alteraría su finalidad. Este segundo requisito no es estático, sino dinámico, de forma que la evolución de

²⁴ vid,op, cit, PEREZ VALLEJO, A.M “*El juego de la autonomía de la voluntad....*” pag. 72

²⁵ vid, op, cit, PEREZ VALLEJO, “*El juego de la autonomía de la voluntad*”, pag 74 y 75

la sociedad permitirá pactar en contra de determinadas normas en tanto en cuanto la sociedad en que deben ser aplicadas lo permita.

Pese a los criterios expuestos, la diferenciación entre normas imperativas y dispositivas no es tan nítida ni tajante. Como señala DE LA CÁMARA²⁶ *“Hace mucho tiempo-y mi criterio al respecto lo he apuntado en distintas ocasiones- que esta clasificación dual de las normas jurídicas me parece demasiado simplista. Evidentemente, hay normas que imponen coactivamente sus disposiciones mientras que otras se proponen tan sólo suplir o completar la voluntad de las partes. Pero entre las normas rigurosamente imperativas y las meramente dispositivas existe una amplia zona en la que se insertan buena parte de las normas de derecho privado. Porque una cosa es la reglamentación prevista por la ley para regular una determinada situación no pueda ser eliminada y sustituida por otra diferente, libremente escogida, y otra que el mandato legislativo sea absolutamente inderogable y no quepa modificarlo si concurre un interés legítimo o se arbitra una solución que, aún procedente de la autonomía privada, no es opuesta a la filosofía que último término inspira la solución legal”*.

Así las cosas, coincido con el autor citado en que existen normas claramente imperativas y otras claramente dispositivas. Lo interesante, y a la vez complejo, es descubrir las normas que se encuentran situadas en lo que podríamos llamar zonas oscuras de imperatividad.

En estos casos habría que acudir a la finalidad de la norma (criterio finalista) y a otras normas del sistema jurídico conectadas con la interpretada (criterio sistemático), para contestar dos interrogantes: a) si es posible el pacto respecto a dicha materia b) en caso afirmativo, hasta donde puede llegar el pacto y qué contenido es inderogable por la voluntad de los cónyuges.

²⁶ vid,op, cit, DE LA CAMARA ALVAREZ, *“La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la”*, pag 10.

En esta línea PEREZ SANZ²⁷ afirma que podrá pactarse incluso sobre los derechos y deberes de los cónyuges. Resulta claro que no cabrán pactos para exonerar de tales deberes pero sí aquellos cuya finalidad sea regular las condiciones de su cumplimiento y los efectos de su incumplimiento. De esta forma, será el examen de esas normas e instituciones el que nos ofrecerá la pauta de su propia imperatividad y el que arrojará luz para *“ponderar el campo válido de actuación que permiten a los cónyuges”*.

Descendiendo a los supuestos concretos, para ZARRALUQUI²⁸ estaría afectado por el orden público cualquier pacto que supusiera una limitación del derecho a obtener la separación o el divorcio.

La misma suerte, según este autor, correrían los pactos relativos a la prohibición o limitación de matrimonios futuros tras la ruptura, o la prohibición de casarse con personas del mismo sexo, o la residencia en una determinada localidad, por afectar a derechos fundamentales.

En la misma línea la Sentencia de la AP de La Coruña, de 7 de mayo de 2002²⁹, declara la nulidad de algunas cláusulas de un Convenio Regulador que rezaba que si la madre tenía una relación de pareja con otra persona la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que éste también tuviera relación de pareja. Suponen estos pactos un claro atentado contra la libertad personal y libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges.

²⁷ PEREZ SANZ, *“Límites a la Autonomía de la Voluntad en las capitulaciones matrimoniales”* Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 21 de octubre de 1982, pag 14.

²⁸ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, *“Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal”*, *Economist & Jurist*, año XVI, Marzo 2008, pag 19

²⁹ AP de La Coruña, sección 6ª, de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002\198111)

De la misma forma, citar la Sentencia de la AP de Valladolid, Sección 1ª, de 12 de abril de 2002³⁰, que declara la nulidad de una cláusula que limita la libertad de domicilio una vez abandone el domicilio familiar.³¹

Por último, debemos preguntarnos si sería válido un acuerdo que mantuviera las causas de separación y/o divorcio tras la reforma operada por la ley 15/2005, de 8 de julio, citada.

A mi juicio, entiendo que no sería válido porque iría contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 10 de la Constitución Española y la Ley 15/2005, que, como reflejo de dicho principio establece la libertad de ruptura sin causa.³²

A continuación, y avanzando en los límites a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, podemos incluir dentro de aquellos los derivados de las normas imperativas aplicables a materias objeto de acuerdo y excluidas de la libre disposición de los cónyuges, como la irrenunciabilidad e indelegabilidad de la patria potestad- con la excepción de los pactos relativos al ejercicio de la patria potestad-; la irrenunciabilidad e intransmisibilidad de los alimentos futuros, y lo previsto en el artículo 1315 del Código Civil respecto a los pactos relativos a la desvirtuación o ataque al contenido esencial del régimen económico matrimonial.

Nos detendremos en el análisis de los pactos relativos a la desvirtuación o ataque al contenido esencial del régimen económico matrimonial o también llamado el régimen matrimonial primario.

³⁰ AP de Valladolid, Sección 1ª, de 12 de abril de 2002 (RJ 2002\154546)

³¹ PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, *"Pactos matrimoniales en previsión de ruptura"*, Boch, 2010, pag. 63

³² LOPEZ MARCO, *"Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio"*, Revista de Derecho de Familia, Lex Nova, nº37, octubre de 2007

El Código civil no recoge propiamente un régimen matrimonial primario, sino un conjunto de disposiciones de carácter imperativo que conforman el estatuto básico del régimen económico matrimonial.

Como afirma DE LOS MOZOS es *“necesario que existan unas normas mínimas que aseguren, tanto la propia posición de los cónyuges como el desenvolvimiento adecuado de sus actividades económicas, sin que sufran detrimento alguno sus obligaciones, y sus responsabilidades, por ellos asumidos en la sociedad conyugal, y en interés de la familia”*³³

El primer lugar el artículo 1318 del Código Civil señala la obligación de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales, afectándose sus bienes a dicho deber. Dicho deber surge claramente de una norma de carácter imperativo, tal y como acertadamente sostienen ALVAREZ SALA y DE LOS MOZOS³⁴

Pues bien, siendo un precepto de carácter imperativo es preciso indagar qué posibilidades de acuerdo poseen los cónyuges y qué límites les afectan.

Se trata, en definitiva, de perfilar las posibilidades de pacto sobre la contribución a las cargas del matrimonio. Para ello, normativamente debemos partir del artículo 1438 del Código Civil relativo al régimen de separación de bienes pero aplicable como criterio interpretativo al deber genérico de contribuir a las cargas del matrimonio, que determina que los cónyuges contribuirán a las cargas del matrimonio proporcionalmente a sus recursos económicos.

³³ DE LOS MOZOS, *“Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales”*, Tomo XVIII, volumen 1º, 2ª Edición, director ALBADALEJO GARCIA, Edersa, Madrid, 1982

³⁴ ALVAREZ SALA WALTER, *“Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular”*, Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1981, pag 7 ss.

Por ahora es suficiente con señalar que el campo de pacto es amplio, con dos límites, a priori, derivados de la propia naturaleza imperativa de la norma: el primer límite es el pacto por el que se excluye que ambos contribuyan a dichas cargas, y, en segundo lugar el límite derivado del principio de igualdad, entendido en los términos que desarrollaremos posteriormente. Asimismo, en un capítulo posterior nos detendremos a analizar los pactos relativos a la contribución a las cargas de matrimonio.

Dentro del régimen matrimonial primario encontramos también el artículo 1319 del Código Civil. Respecto a esta cuestión, los cónyuges podrán pactar la forma de atender las necesidades ordinarias de la familia, repartiéndose los papeles en el ejercicio de esta función, como lo consideren oportuno y atendidas las características de su vida familiar.

Ahora bien, al igual que en el artículo 1318 del Código Civil, los pactos tienen eficacia entre los cónyuges de forma que no afectarán a terceros³⁵. Así si un cónyuge contrae una deuda en ejercicio de la potestad doméstica fuera de su campo de actuación, conforme a los pactos privados que haya alcanzado con su pareja, no podrá oponer a terceros este pacto para que no respondan los bienes comunes y subsidiariamente los del cónyuge no deudor³⁶.

La duda surge respecto del derecho de reembolso previsto en el párrafo tercero. De esta forma cabe preguntarse si los cónyuges pueden renunciar al reembolso derivado de aportar caudales propios para las necesidades ordinarias de la familia. Entiendo que sí, siempre que el pacto sea recíproco, salvando así la nulidad por aplicación del artículo 1328 del Código civil-igualdad de los cónyuges-. Se trata de una materia relativa al patrimonio de cada cónyuge que, en principio es perfectamente disponible. Al igual que un cónyuge

³⁵ vid, op, cit, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. *“La Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos.....”*, pag. 193.

³⁶ vid,op, cit PEREZ SANZ, A, *“Límites a la Autonomía de la Voluntad en.....”*, pag 24

puede hacer una aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales al amparo del artículo 1323 del Código Civil o atribuir dicha condición, con independencia del caudal con el que se adquiriera, según lo previsto en el artículo 1355 del Código civil, no veo razón alguna para no poder aplicar bienes propios a las necesidades de la familia, renunciando al reembolso.

Continuando con el régimen matrimonial primario encontramos también el artículo 1320 del Código Civil, norma de carácter claramente imperativo por cuanto protege a la familia y su lugar de residencia³⁷. Ahora bien, atendido su carácter imperativo cabe preguntarse si sería válido el pacto por el que ambos cónyuges aceptan dar consentimiento, con carácter general y anticipado, para disponer sobre derechos sobre la vivienda familiar *ex ante*.

A mi juicio existe un argumento de peso para aceptarlo; si pueden hacerlo en el momento de la disposición, no veo razón para que no puedan hacerlo antes. Tengamos en cuenta que uno de los cónyuges puede haber realizado una importante inversión en un inmueble-incluso privativamente y sin que el otro cónyuge sea titular- y, con carácter previo a su afección a vivienda familiar, puede interesarle condicionar dicha afección al hecho de que pueda transmitirla en cualquier momento disponiendo ya del consentimiento de su cónyuge. La imperatividad de la norma radica en la necesidad de consentimiento, pero no en el momento, ni en la forma de prestarlo.

Por otra parte se debe advertir que el consentimiento previsto en el artículo 1320 del Código Civil tiene su excepción en el artículo 96 del Código civil y en la interpretación que del mismo ha realizado la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cuanto a la no necesidad de consentimiento cuando el que transmite es el cónyuge titular, que tenga atribuido el uso. Así se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del

³⁷ LETE DEL RIO, "La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular", Actualidad Civil, 2003-4, pag. 1067

Notariado de 14 mayo 2009³⁸, que señala que cuando el uso corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, nunca se produciría la enajenación sin su consentimiento. En estos casos el consentimiento para enajenar siempre procederá del titular del derecho de uso, sin que, por ende, resulte necesario recabar el consentimiento del ex cónyuge que ni es titular del dominio ni es titular del derecho de uso.

Asimismo, el Centro Directivo afirma que la facultad de limitar la libre disposición de la vivienda forma parte del contenido del derecho de uso que sólo a su titular corresponde.

Continuando con el análisis del régimen matrimonial primario, y respecto al artículo 1321 del Código Civil discrepo de la opinión de PEREZ SANZ³⁹ ya que según este autor no cabe pacto respecto a este precepto por cuanto se trata de una norma sucesoria y está proscrito el pacto por imperativo de los artículos 991 y 1271 del Código Civil.

A mi modo de ver, no se trata de una norma sucesoria sino de liquidación del régimen económico matrimonial, ya que lo que hace es detraer del caudal relicto algunos bienes considerados “personales” de la familia, y adjudicárselos al sobreviviente, pero antes de computar los bienes hereditarios, es decir, no se produce un legado porque no son bienes de la herencia al haber sido detraídos de ésta con anterioridad al computo⁴⁰. Por esta razón el pacto sobre esta materia, como casi cualquier pacto relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial es válido. Otros autores señalan que aún siendo una norma de carácter imperativo caben pactos sobre la forma de ejercitar este derecho.⁴¹

³⁸ RJ 2009\3006

³⁹ vid, op, cit, PEREZ SANZ, A, “*Límites a la Autonomía de la Voluntad*”, pag 26

⁴⁰ En el mismo sentido LACRUZ BERDEJO y ROMERO GIRONDELEITTO, opinión extraída de PEREZ MARTÍN, “*Tratado de Derecho de Familia, Tomo II*”, Lex Nova, 2009, pag 49

⁴¹ En la misma línea COSAS RODAL “*Comentarios al Código Civil*”, 2ª Edición, director BERCOVTZ RODRIGUEZ CANO, Aranzadi, 2006, pag 1588 y BARCELO DOMENECH, “*El*

Sobre el artículo 1322 del Código Civil y para ser coherente, debo pronunciarme en el mismo sentido que he manifestado sobre el artículo 1320 del Código civil. El consentimiento es imperativo pero puede realizarse antes o después del acto de administración y disposición. De esta forma un cónyuge puede pactar que la administración de determinados bienes sea realizada exclusivamente por el otro cónyuge, por cualquier motivo (experiencia, pericia, etc...) y la eficacia del pacto no estará tanto en el consentimiento, cuanto en el respeto a la reciprocidad derivada del principio de igualdad.

En segundo lugar, y una vez examinados los límites derivados de la ley, trataremos los límites impuestos por la moral y las buenas costumbres.

Cuando se habla de moral y de buenas costumbres, siempre nos movemos en un terreno resbaladizo y relativo, ya que, ante la ausencia de determinación legal de qué es moral, o qué pactos contravienen las buenas costumbres, deberá ser un juez el que lo haga. Ahora bien, para la aplicación de este límite será necesario indagar qué moral o buenas costumbres deberá tener en cuenta el juez; en otras palabras, si deberán ser la moral y buenas costumbres del juez o de la de la sociedad en la que ejerce su potestad jurisdiccional.

Para DIEZ-PICAZO, por la moral debe entenderse *“el conjunto de convicciones de ética social imperantes en un determinado momento temporal y con carácter general en la comunidad jurídica”*⁴². Más acertado me parece el

derecho de predetracción del cónyuge superviviente” en el Libro homenaje al Profesor Manuel Alvadalejo, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Murcia, 2004, pag. 513 y ss

⁴² DIEZ- PICAZO, *“Comentario al artículo 1255 CC”*, Comentario del Código Civil. Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, Madrid, 1993, pags.430 ss

criterio de O´CALLAGAN MUÑOZ⁴³, ya que define la moral como una ética y buena fe mínimas necesaria en la sociedad; a lo que yo añadiría en una sociedad concreta histórica y geográficamente.

En definitiva, coincido con PEREZ VALLEJO⁴⁴, en que en la identificación de lo que sea moral y las buenas costumbres en la sociedad, en cada momento, hay que atender a la jurisprudencia como aplicación viva del Derecho. No obstante, al tratarse de un concepto dinámico, el juez deberá estar atento a los valores morales y costumbres de la sociedad en la que vive para poder limitar la voluntad de los cónyuges por ser contraria a aquellos.

En tercer lugar, nos referiremos a los límites derivados del orden público.

Siguiendo a DIEZ-PICAZO⁴⁵ considero que el orden público al que se refiere el Código Civil son los principios rectores y fundamentales de la comunidad, y que aún en ausencia de normas imperativas, las materias de orden público quedan fuera del poder de disposición de los particulares. De esta forma aunque *“el orden público siempre se refleja en normas imperativas, no todas las normas imperativas forman parte del orden público”*.⁴⁶

Quedan delimitados así los límites de orden público y normas imperativas de forma que la autonomía de la voluntad quedará limitada por la ley imperativa, que puede ser reflejo del orden público, o no, y por el propio orden público recogido o no en normas imperativas.

Lo que sea orden público en Derecho de Familia vendrá delimitado por aquellos intereses que sean relativos a la organización básica de la sociedad –

⁴³ O´CALLAGAN MUÑOZ, “ *Conceptos básicos y requisitos de las condiciones generales de los contratos*” Actualidad Civil, nº1/4-10, enero 1992

⁴⁴ vid, op, cit, PEREZ VALLEJO, “*El juego de la autonomía de la voluntad...*”, pag 80-81

⁴⁵ vid, op, cit., DIEZ PICAZO, L, “*Comentario al artículo 1255 CC....*”, pag. 433.

⁴⁶ vid, op, cit, PEREZ VALLEJO, A, “*El juego de la autonomía de la voluntad....*”, pag 85

“orden”- y que sean necesarios para los intereses generales-“público”-. De esta forma, normalmente atenderán a la protección de los derechos fundamentales de los cónyuges en tanto que ciudadanos-vida, libertad, salud, etc...y de los hijos, con más intensidad respecto a los menores por el propio interés público de protección de la infancia encargado a los estados por la normativa internacional y la propia Constitución. Pese a todo, y si bien se tratará de un concepto relativo, por su adaptación a cada sociedad en un momento temporal determinado, el interés público tendrá un contenido inmanente. De la misma forma, al ser públicos dichos principios rectores, pueden ser impuestos coactivamente por el Estado.

4.- Los límites recogidos en el artículo 90 del Código Civil: daño para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges y el establecido en el artículo 1328 del Código Civil que sanciona con nulidad cualquier pacto restrictivo de la igualdad que corresponda a cada cónyuge.

Que es inválido un pacto que sea perjudicial para los menores es algo obvio, tal y como está configurado el Derecho de Familia actual en el que el interés del menor es un principio fundamental tanto en la configuración del Derecho como en su exégesis. No obstante, la materia relativa a los menores, como ya veremos no es una materia necesariamente fuera del ámbito de la libertad de pacto de los cónyuges, ya que éstos pueden pactar lo que consideren oportuno respecto de sus hijos, con ciertos límites.

De esta forma, si constante el 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, conservando ambos cónyuges la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, no puedan seguir decidiendo sobre sus hijos.

No obstante lo anterior, los pactos tienen una peculiaridad: el poder público puede intervenir si son perjudiciales para los menores ya que el interés de éstos prevalece sobre el de sus padres.

En segundo lugar, nos referiremos a los límites derivados de la igualdad de los cónyuges. Para ello resulta fundamental determinar qué se entiende por igualdad de los cónyuges.

A priori, el análisis que se realice de los pactos no puede perder de vista el respeto a su propia libertad de pactar, debiendo proscribirse únicamente aquellos pactos que de forma más clara ataquen la igualdad de los cónyuges, pero no aquellos que no muestren más que el ejercicio de su propia libertad de pacto, sobre todo en materias de libre disposición, fundamentalmente de naturaleza patrimonial. Si determinados pactos se permiten entre extraños, más aún deben permitirse entre casados donde las relaciones de confianza suelen avalar la gestión ajena de negocios o la alteración de reglas que el matrimonio considera inútiles o inapropiadas para sus relaciones.

Pero esta afirmación se queda en la superficie debiendo ahondar más en el significado del término igualdad de los cónyuges con objeto de delimitar de forma precisa qué pactos vulneran la igualdad entre los miembros de la pareja casada, y cuales no.

Para DE LOS MOZOS⁴⁷, podríamos entender que vulneran la igualdad aquellos pactos que sitúan a uno de los cónyuges en situación de inferioridad respecto del otro.

Acertadamente PEREZ SANZ⁴⁸, señala que *“igualdad se opone así a autoridad y se proclama en el texto legal precisamente para suprimir toda idea*

⁴⁷ vid, op, cit, DE LOS MOZOS, J.L. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.....”

⁴⁸ vid, op, cit, PEREZ SANZ “*Límites a la Autonomía de la Voluntad....*”, pag 47

de supremacía o autoridad del marido en el matrimonio". Es decir, hasta las reformas del Código Civil, primero por la ley 11/1981, de 13 de mayo, y posteriormente por la ley 30/1981, de 7 de julio, existía una situación de supremacía del marido sobre la mujer que se trató de evitar; ese es el sentido de igualdad, si se quiere llamar principio de *"no supremacía"*.

Por esta razón me parece más acertada la aproximación que realiza EGEA FERNANDEZ⁴⁹, cuando afirma que el principio de igualdad se traduciría en una necesidad de RECIPROCIDAD, tanto en materia personal como patrimonial. A mi juicio, sería difícil encontrar pactos que garantizaran al cien por cien la igualdad entre cónyuges de forma aislada. Así, lo que ha de respetarse es que, en su conjunto, los pactos sean recíprocos y no se detecte una situación de supremacía del hombre sobre la mujer, sin razón alguna.

De esta forma, si por ejemplo se pacta la administración de determinados bienes por uno de los cónyuges, se permita al otro la administración de otros u otra prestación que compense, en cierta forma, esa desigualdad. Y en el plano personal, si ambos cónyuges pactan que ninguno residirá en el domicilio familiar tras la ruptura y dicho pacto es recíproco, no vulnera la igualdad; sí atentaría la igualdad que se pactara que tras la ruptura uno de los cónyuges no pudiera vivir en el domicilio familiar, salvo que se realizara dentro de un conjunto de pactos que "compensaran" de alguna forma al otro, con por ejemplo la entrega o el uso de otro inmueble.

La idea fundamental es que el entendimiento de la igualdad es siempre como contrapuesta autoridad o supremacía. Ello no quiere decir papeles idénticos. La igualdad lleva implícita la libertad que *"permite a los cónyuges en*

⁴⁹ EGEA FERNANDEZ, *"Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial"* Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazzo, Tomo III, Derechos Reales, Derecho de Familia, Editorial Civitas, Madrid, 2003

plano de igualdad, distribuir entre ellos las funciones que resultan del matrimonio".⁵⁰

Reflejo de la equiparación entre igualdad y libertad de los cónyuges es el artículo 3 de la ley 10/2007, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano que señala que:

“Artículo 3. El principio de igualdad como fundamento del régimen económico matrimonial valenciano

El régimen económico matrimonial valenciano tiene como fundamento la plena igualdad jurídica de los cónyuges y se define por la más absoluta libertad civil entre los mismos, sin perjuicio de la necesaria protección social, económica y jurídica de la familia (...)”

La igualdad es un concepto relativo, en el sentido de que para examinar su concurrencia deberá partirse de un determinado matrimonio, en un momento histórico y en una sociedad determinada. De esta forma hay que entender el término “*corresponda*”, contenido en el artículo 1328 del Código Civil.

Al hablar de las buenas costumbres nos hemos referido a que éstas son relativas y dependen de la ética de una sociedad en un momento histórico determinado. De la misma forma hay que entender el término igualdad como referido a un matrimonio en un momento temporal determinado, quedando proscrita la sumisión personal de un cónyuge a otro, lo que no implica que sean libres para “*ampliar los poderes jurídicos de unos respecto a los de otro*”.⁵¹

En resumen, el término igualdad se identifica con ausencia de sumisión de uno a otro cónyuge, y como reflejo de ello, reciprocidad en la libertad de

⁵⁰ vid, op, cit PEREZ SANZ, “*Límites a la Autonomía de la Voluntad....*”, pag 17

⁵¹ vid, op, cit, PEREZ SANZ, “*Límites a la Autonomía de la Voluntad....*”, pag 18

pacto. Así se debe considerar conculcado el principio de igualdad, cuando los acuerdos a los que lleguen los cónyuges sitúen a uno de ellos en una posición de dependencia o sumisión; o cuando se prive de forma definitiva y sin posibilidad de revisión o alteración de los poderes de gestión o administración de sus propios bienes o los comunes; o, por último, cuando se le impida cualquier tipo de intervención en la marcha o desarrollo en la economía familiar⁵².

⁵² vid, op, cit, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *“La Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos “La Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos”, pag 148*

CAPITULO SEGUNDO.- EXPRESIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES ANTES DE LA CRISIS CONYUGAL

Para el análisis de las expresiones de la autonomía de la voluntad distinguiremos, a efectos sistemáticos, entre aquellas que se producen antes de la crisis conyugal, y las que se manifiestan una vez producida ésta.

I.- Los acuerdos prematrimoniales.

Para el análisis de las expresiones de la autonomía de la voluntad que se manifiestan antes de la crisis matrimonial, comenzaremos por los acuerdos prematrimoniales.

En un primer acercamiento, podríamos definir 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.

Para PAZ ARES⁵³ consisten en *“decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de celebrado el matrimonio dirigidas a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial”*.

Dos son las características de estos pactos, según GONZALEZ DEL POZO⁵⁴, que los diferencian de otros negocios jurídicos de Derecho de Familia; son condicionales y preventivos.

⁵³ PAZ ARES, *“Previsiones capitulares, Recientes modificaciones legislativas para el abogado de familia”*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, 2008.

⁵⁴ vid, op, cit, GONZALEZ DEL POZO, *“Acuerdos y contratos prematrimoniales....”* pag.4

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

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

En palabras de GARCIA RUBIO⁵⁵, estos acuerdos permiten a las partes iniciar su relación matrimonial y familiar de manera más realista, anticipando sus contingencias y planeándolas, facilitando así una decisión más consciente de casarse, o no hacerlo. Las partes regulan su relación y eventual crisis de forma más ajustada a su especial realidad, con especial interés en familias recompuestas. Asimismo se reducen costes financieros y personales ya que los efectos de la crisis están regulados antes de su inicio y son muy útiles como desarrollo de un protocolo familiar para la conservación de una empresa o actividad profesional.

Como hemos comentado anteriormente, y con carácter general, el artículo 1323 del Código Civil permite a los cónyuges celebrar válidamente toda clase

⁵⁵ GARCIA RUBIO, *“Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”*, Anuario de Derecho Civil, Tomo LVI, fascículo IV, octubre-diciembre 2003, pags 1657 y 1658 y GARCIA RUBIO, *“Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el derecho de familia”* Nuevos retos del Derecho de Familia, Ponencias de la XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa del Mar, Documenta Universitaria, Universidad de Girona, 2004, pp 99 y 100.

de contratos, sin más límites que las leyes la moral o el orden público, de conformidad con el artículo 1255 del Código Civil.

Admitida la existencia de negocios jurídicos de Derecho de Familia, nada impide a los cónyuges, en principio, pactar aquello que tengan por conveniente respecto a su matrimonio y a una eventual crisis matrimonial mediante un acuerdo prematrimonial, importando una práctica habitual en derecho anglosajón: los “*premarital agreement*”, donde a través de la *Uniform Premarital Agreement Act de 1983*, vigente en muchos estados, los acuerdos prematrimoniales gozan de una pormenorizada y minuciosa regulación.

En España, aunque en Derecho común no aparecen expresamente recogidos como tal, si encontramos una referencia expresa a los mismos en alguna legislación foral como por ejemplo en los artículos 15.1 y 231.20 de la Ley 25/2010, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, donde se habla expresamente de pactos en previsión de ruptura matrimonial.

Jurisprudencialmente, ha sido la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011⁵⁶, la que expresamente ha dedica uno de sus fundamentos de derecho, el tercero, a “*La validez de los contratos celebrados entre cónyuges en previsión de posibles rupturas*”.

La meritada Sentencia parte del reconocimiento de la autonomía de la voluntad haciendo un recorrido por las Sentencias del Tribunal Supremo que tratan esta cuestión, como las de 22 de abril de 1997⁵⁷; 23 de enero de 1998⁵⁸ 23 de diciembre de 1998⁵⁹, o las más recientes de 15 de febrero de

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo num.217/2011, (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 31 de marzo de 2011.- ponente.- Encarnación Roca Trías (RJ 2011\3137)

⁵⁷ RJ 1997\3251

⁵⁸ RJ RJ 1998\110

⁵⁹ RJ 1998\9758

2002⁶⁰ y 17 de octubre de 2007⁶¹ que abordan la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Dicho lo anterior, la citada resolución reconoce en su fundamento de derecho cuarto los requisitos para la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador, que básicamente son los recogidos en el artículo 1261 del Código Civil, como cualquier contrato: consentimiento, objeto y causa.

Hechas las anteriores consideraciones, y ante la carencia de regulación expresa habrá que estar a lo expuesto sobre la libertad de contratación entre cónyuges, si bien, y como manifestación de los límites a libre contratación entre cónyuges será conveniente distinguir entre la eficacia de dichos pactos en materias de libre disposición y aquellas materias que, por ser de orden público, quedan vedadas a la libertad de pacto, o más exactamente, controladas por el poder público evitando que se vean afectados intereses de terceros o menores.

1.- Materias de libre disposición

1.1. La pensión compensatoria.- La renuncia anticipada.

Seguramente, de la materia de la que más de ha escrito, relativa a los acuerdos prematrimoniales es sobre la pensión compensatoria, y dentro de ésta, sobre su renuncia anticipada.

⁶⁰ RJ 2002\1619

⁶¹ RJ 2007\7307

Como todo aquello de los que se escribe mucho en Derecho, termina derivando en multitud de opciones y posturas. Esta materia no podía ser menos.

Para una primera postura la renuncia anticipada a la pensión compensatoria es plenamente válida y eficaz, si bien, hay sentencias que añaden un requisito adicional que consiste en que no se haya producido en el momento de la ruptura un cambio sustancial de las circunstancias bajo las cuales se concluyó el original acuerdo abdicativo.

Esta es la postura de la Sentencia de la AP de Granada de 14 de mayo de 2000 ⁶². En esta sentencia, los cónyuges, antes de contraer matrimonio habían otorgado capitulaciones matrimoniales, estableciendo la separación de bienes y pactando la siguiente cláusula: *«la separación o disolución del futuro matrimonio, en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges»*.

La Sala, aún reconociendo su validez, a priori, señala que cuando se redactó la cláusula los cónyuges tenían su trabajo e ingresos, circunstancias éstas que cambian cuando la esposa solicita la pensión, concurriendo entre otras la circunstancia de que la esposa, al casarse, deja de trabajar y sigue a su esposo a los distintos destinos laborales. Pues bien, aplicando la teoría de la base objetiva del negocio jurídico la citada sentencia deja sin efecto la renuncia a la pensión compensatoria.

De esta forma, la Sala determina la plena validez de la renuncia a la pensión compensatoria, si bien sostiene que, como a cualquier negocio

⁶² AP de Granada de, NUM 377/2001 (Sección 3ª), de 14 de mayo de 2000.- Ponente Sr. D. Klaus Jochen Albiez Dormán (AC 2001\1500).

jurídico, le es aplicable la teoría de la alteración de la base del negocio, en concreto a la base objetiva o circunstancias del negocio.⁶³

Aceptan también la plena validez de la renuncia la Sentencia de la AP de Madrid de 27 de febrero de 2007⁶⁴, al tratarse de una materia de derecho dispositivo⁶⁵ y la Sentencia de la AP de Barcelona de 17 de marzo de 2000⁶⁶.

Por otra parte, es abanderada de la tesis contraria a la validez de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria la Sentencia de la AP de Asturias de 12 de diciembre de 2000⁶⁷. El fundamento esgrimido por la sentencia es la imposibilidad de renunciar a un derecho que aún no ha nacido.

Frente a este argumento caben a mi juicio, dos objeciones: La primera de ellas es que la renuncia a la pensión compensatoria no es en puridad una renuncia de derechos, sino una exclusión voluntaria de la ley aplicable conforme al artículo 6.2º del Código civil, que, como mantiene la sentencia del TS de 7 de junio de 1983⁶⁸ es perfectamente posible siempre que no contrarie el orden público, ni perjudique a terceros. Además, cuando el Código civil se refiere a Ley aplicable se refiere no solo al bloque de normas que configura la norma, sino también a cada una de las reglas del bloque normativo⁶⁹

En segundo lugar, considero que, si a los solos efectos dialécticos, la doctrina esgrimida por la Audiencia Provincial de Asturias fuera correcta, tampoco cabría la renuncia en el Convenio Regulador presentado a un

⁶³ LARENZ, *“Base del negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos”* Traducción de C. Fernandez Rodríguez, Comares, Granada, 2002, pag 34

⁶⁴ Sentencia de la AP de Madrid , Sección 22, num. 141/2007, rec. 36/2007, de 27 de febrero de 2007, ponente Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres (RJ 2007\151411)

⁶⁵ Sentencia del TS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9174)

⁶⁶ Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 12, de 17 de marzo de 2000, rec. 1092/1999.- ponente Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz RJ 2000\139023

⁶⁷ Sentencia de la AP de Asturias, Sección 5ª, num 690/2000, de 12 de diciembre de 2000 (AC 2001\151)

⁶⁸ RJ 1983\3451

⁶⁹ vid,op, cit, DIEZ PICAZO, L, *“Sistema de Derecho Civil, Volumen I.....”*.

procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo, que, necesariamente, siempre es previo a la propia sentencia que hace nacer el derecho a la pensión compensatoria.

Hoy en día nadie se plantea la validez de la renuncia en el Convenio Regulador, hasta el punto de darse validez a la renuncia realizada en Convenio Regulador no ratificado judicialmente, como comentaremos en próximas páginas.

De cualquier forma, no sólo debe mencionarse como pacto la renuncia sino también el pacto expreso de su reconocimiento, determinando el cónyuge más desfavorecido cual será la pensión que recibirá en caso de ruptura matrimonial; así como el pacto relativo a su duración temporal.

Por último, hacer referencia al reconocimiento expreso que el legislador catalán realiza de la renuncia a la pensión compensatoria cuando en el artículo artículo 233. 16 del la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia relativo a los pactos sobre la pensión compensatoria, recoge que:

“2. Los pactos de renuncia no incorporados a una propuesta de convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor”.

Parece con esta posibilidad que el legislador estima que la pensión compensatoria tiene un gran componente asistencial, lo que se coherente con la imposibilidad de renunciar a los alimentos futuros prevista en los artículo 151 y 1814 del Código civil, razón por la cual proscribió su renuncia cuando el componente asistencial quede comprometido.

1.2. Los acuerdos relativos al régimen económico matrimonial.

Si hay una materia sobre la que existe prácticamente unanimidad sobre la validez de su pacto es la de la regulación del régimen económico matrimonial posibilidad que, además, se reconoce expresamente en el artículo 1325 del Código Civil.

No obstante entendemos que existe un límite: serían nulos aquellos que dejaran sin efecto las normas imperativas contenidas en los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil, así como aquellos que desdibujaran un determinado régimen económico matrimonial hasta el punto de hacer desaparecer sus elementos esenciales tal y como se colige del artículo 1315 del Código Civil.

Un especial reflejo de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en esta materia son los artículos 1324 y 1355 del Código Civil, que se refieren, respectivamente, a la confesión de privatividad, y a la atribución de ganancialidad, a las que dedicaremos un apartado por su interés y complejidad además de para no perder el orden sistemático de esta tesis.

1.2.A.- Pactos relativos al régimen de sociedad gananciales

El pacto más básico y típico relativo al régimen económico matrimonial es el que determina el propio régimen económico matrimonial aplicable conforme a los artículos 1315 y 1325 del Código Civil. No obstante los cónyuges pueden no pactar nada, rigiéndose, en este caso, por el régimen económico supletorio tal y como preceptúa el artículo 1316 del Código Civil, que determina el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales en territorio común.

A continuación debemos plantearnos si los cónyuges pueden configurar a medida su propio régimen económico y qué límites tiene tal pacto. A mi juicio, siendo una materia de libre disposición podría pactarse cualquier régimen, incluso hacer uno a medida, si bien, salvo que sea muy necesario y específico, dota de mayor seguridad jurídica que los cónyuges se acojan a uno de los establecidos, modificando aquello que sea necesario según las peculiaridades del matrimonio. Asimismo en éste ámbito juega el límite del artículo 1328 Código Civil con especial intensidad, ya que no se podrá pactar un régimen económico que suponga una supremacía de cualquiera de los cónyuges sobre el otro, con ausencia total de reciprocidad.

Tratando de sistematizar esta cuestión me parece adecuada la clasificación de los pactos realizada por PAZ ARES⁷⁰ en los siguientes: en primer lugar los actos relativos a la calificación de bienes dudosos; en segundo lugar los pactos relativos a la ampliación de las cargas de la sociedad de gananciales; en tercer lugar la regulación de las facultades gestoras; en cuarto, las previsiones sobre la disolución; y por último la citada autora se refiere a la posibilidad de someter la sociedad de gananciales a condición.

Comenzando con los pactos relativos a la ganancialidad de los bienes dudosos, es cierto que determinados bienes y derechos se consideran de dudosa ganancialidad (p.ejem. planes de pensiones, indemnizaciones por despido, pensiones anticipadas), o bien las normas del Código Civil los consideran privativos o gananciales (ejem. vivienda habitual adquirida antes del matrimonio) y sería útil clarificar su consideración como ganancial o bien, cambiar su calificación por voluntad de las partes, a los efectos de incluirlos o no en un futuro, aunque eventual, inventario. No obstante lo anterior, siendo un pacto claramente vinculante para los cónyuges, dicho pacto, para tener efectos frente a terceros, debería formalizarse en capitulaciones matrimoniales e inscribirse.

⁷⁰ vid, op, cit, PAZ ARES, I. "Previsiones capitulares.....pag , 124 ss

A continuación respecto de los pactos relativos a la ampliación de las cargas de la sociedad de gananciales, tradicionalmente se ha distinguido entre cargas y responsabilidad de la sociedad de gananciales. Considero que lo susceptible de pacto serán las cargas. Es decir, cuales de los gastos deben ser asumidos en última instancia por la sociedad de gananciales. En este sentido señala el artículo 1362 del Código Civil que serán cargas de la sociedad de gananciales los originados por causa del sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. También serán carga de la sociedad de gananciales la alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges cuando convivan en el hogar familiar. Cuando no lo hagan, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.

Asimismo serán carga de la sociedad de gananciales los originados por la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes; la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges y la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

Pues bien, los cónyuges pueden pactar que otros gastos sean también carga de la sociedad de gananciales, como por ejemplo los gastos y el disfrute de determinados bienes privativos, o, bien, excluirlos como carga de la sociedad de gananciales, acordando que serán a cargo del cónyuge que los contraiga, todo ello con independencia de la responsabilidad legal de los bienes gananciales regulada en el Código Civil.

Tras los pactos relativos a la ampliación de las cargas de la sociedad de gananciales podemos referirnos a los pactos relativos a la regulación de las facultades gestoras.

Con independencia de lo establecido en los artículos 1375 y siguientes del Código Civil, respecto a la administración y disposición conjunta de los bienes gananciales, los esposos pueden pactar que determinados bienes gananciales sean administrados por uno de los cónyuges que, por experiencia o pericia, esté más capacitado, todo ello sin perjuicio de la preceptiva rendición de cuentas, tal y como establece el artículo 1383 del Código Civil, la que puede a su vez regularse pormenorizadamente.

En cuarto lugar nos referiremos a los pactos relativos a las previsiones sobre la disolución del régimen económico matrimonial.

El Código Civil establece como causas de disolución de la sociedad de gananciales las previstas en el artículo 1392 del Código Civil, a saber: cuando se disuelva el matrimonio; cuando sea declarado nulo; cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges o cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código.

Pese a lo anterior, la previsión normativa sobre las causas de disolución, no excluye el pacto. Considero con PAZ ARES, que caben dos pactos respecto a la disolución:

En primer lugar el pacto relativo a la retroactividad de los efectos de la disolución al momento de la separación de hecho.

Es doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 11 octubre 1999⁷¹ y 23 diciembre 1992⁷², de 13 junio 1986⁷³ y 17 de junio de 1988⁷⁴, que el fundamento de la sociedad es la convivencia mantenida entre los cónyuges; doctrina reiterada por la de 27 enero⁷⁵ y 14 de marzo de 1998⁷⁶, según la cual la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges.

En igual sentido se pronuncian las sentencias de 24 abril⁷⁷ y 11 octubre 1999⁷⁸, afirmando esta última que *«no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales»* y que no se puede exigir en tales casos la declaración judicial *«para estimar extinguida la sociedad de gananciales»*. En igual sentido se han manifestado otras sentencias posteriores como las de 26 abril 2000⁷⁹, 4 diciembre 2002⁸⁰ y 21 de febrero de 2008⁸¹.

Pues bien, si jurisprudencialmente está admitido que se retrotraigan los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al momento de la separación de hecho, cuanto más los propios cónyuges podrán pactar dicho efecto retroactivo, dando mayor seguridad jurídica a sus relaciones patrimoniales.

Por último, respecto de los pactos de sociedad de gananciales sometida a condición, consistirían en someter a condición o a término la sociedad de

⁷¹ RJ 1999\7324

⁷² RJ 1992\10653

⁷³ RJ 1986\3549

⁷⁴ RJ 1988\5113

⁷⁵ RJ 1998\110

⁷⁶ RJ 1998\1567

⁷⁷ RJ 1999\2826

⁷⁸ RJ 1999\7324

⁷⁹ RJ 2000\3230

⁸⁰ RJ 2002\10423

⁸¹ RJ 2008\1701

gananciales, por ejemplo, que el matrimonio tenga hijos⁸², o que se adquirieran determinados bienes, etc., pacto que en determinadas circunstancias puede tener utilidad para lo cónyuges.

Al margen de los pactos a los que nos hemos referido, los cónyuges pueden también pactar previsiones sobre la liquidación de su sociedad de gananciales.

De esta forma los cónyuges pueden pactar la adjudicación preferencial contractual⁸³ por medio de la cual los cónyuges pactan que en la liquidación de la sociedad de gananciales que eventualmente se produzca se adjudiquen determinados bienes- por ejemplo las acciones de la sociedad familiar- a uno de los cónyuges con exclusión de otro, siempre que haya bienes suficientes para que el otro cónyuge cobre la parte que le corresponda o se pacte que se le abone la diferencia en dinero. Todo ello, sin perjuicio de las adjudicaciones preferenciales legales previstas en el artículo 1406 del Código Civil.

También puede pactarse la regulación de los efectos económicos entre los cónyuges de las acciones liberadas. Las acciones liberadas son aquellas que, en caso de ampliación de capital, se entregan a los socios sin exigir contraprestación alguna, ya que dicha ampliación se realiza con cargo a las reservas sociales.

Pues bien sobre las acciones liberadas el artículo 1352 del Código Civil preceptúa que las nuevas acciones, título o participaciones serán privativos si se suscriben como consecuencia de la titularidad de otros de la misma naturaleza.

⁸² vid, op, cit, PAZ ARES, "*Previsiones capitulares...*" pag, 128

⁸³ SANCHEZ CRESPO CASANOVA, y CALERO ARTERO, "*La empresa familiar: guía práctica de organización y funcionamiento*", Granada, Comares, 2001, pag. 37

No obstante, si para el pago de la suscripción se usaran fondos con carácter ganancial o dichos títulos se emitieran con cargo a beneficios se reembolsará el valor satisfecho.

Pues bien, partiendo de dicha regulación, en capitulaciones matrimoniales puede pactarse que en caso de existir, las acciones liberadas no generen crédito ganancial, cualquiera que sea el titular de las acciones.⁸⁴

De la misma forma cabe pacto sobre la total exclusión recíproca-para salvar el escollo del artículo 1328 del Código Civil respecto a la igualdad de derechos de pretensiones económicas, en caso de separación o divorcio de bienes integrantes del patrimonio empresarial familiar del otro cónyuge.

1.2.B.- Pactos relativos al régimen de separación de bienes.

No es muy frecuente hablar de pactos en el régimen de separación de bienes donde, al no existir idea alguna de comunidad, no parece, a primera vista, útil o necesario pactar nada, pese a que los cónyuges aparentemente tienen libertad para pactar lo que deseen, como si fueran extraños.

No obstante, nada más lejos de la realidad. Un examen más profundo de la materia conduce a concluir que el régimen de separación de bienes es un campo abonado para pactar y perfilar determinados “puntos débiles” de dicho régimen que ante una eventual ruptura, serán de suma utilidad.

De esta forma y, a efectos sistemáticos dividiremos los posibles pactos, en varias categorías.

⁸⁴ SANCHEZ CRESPO, BELLVER SÁNCHEZ Y SANCHEZ SANCHEZ, La Empresa Familiar: manual para empresarios, claves para su correcta organización y continuidad, Madrid, Deusto, 2005, pag.37

1.2.B.a. Pactos modificativos de la regla general del artículo 1441 del Código Civil.

Con carácter general el artículo 1437 del Código Civil establece que en el régimen de separación de bienes pertenecen a cada cónyuge los bienes que les pertenecieran al contraer matrimonio y los que adquieran posteriormente por cualquier título.

Pese a ello, pueden presentarse situaciones dudosas por lo que, junto al pacto por el que los cónyuges deciden regirse por el régimen de separación de bienes, resultan muy interesantes, por su utilidad, los pactos presuntivos y los atributivos de titularidad con objeto de no aplicar, o matizar la regla general prevista en el artículo 1441 del Código Civil.⁸⁵

1.2.B.a.a'' Pactos presuntivos

Podríamos definir los pactos presuntivos como aquellos por los que los cónyuges establecen presunciones *iuris tantum* de propiedad sobre determinados bienes, bien de titularidad individual o de titularidad conjunta; así por ejemplo los objetos de uso personal; los ubicados en un determinado inmueble o negocio, etc..

La principal finalidad de estos pactos es evitar que la incertidumbre sobre la titularidad de un bien genere la aplicación del artículo 1441 del Código Civil, sustituyéndola por otra presunción libremente pactada por las partes. De esta forma, si se acredita el hecho en que consiste la presunción, no se aplicará el artículo 1441 del Código Civil sino que la presunción pactada cobrará eficacia.

⁸⁵ AMUNATEGUI RODRIGUEZ, AA.VV. en LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y NEGOCIOS JURIDICOS DE FAMILIA, Dykinson, 2009, pags.212-219

Respecto a la eficacia frente a terceros de los pactos presuntivos, podemos afirmar que afectarán a terceros si se encuentran inscritos, lo que es posible, ya que al tratarse de normas que modifican el régimen económico matrimonial son plenamente inscribibles. Así lo sostiene la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 2003⁸⁶.

En el supuesto resuelto por esta Resolución se pretende que tenga acceso al Registro Civil unas capitulaciones matrimoniales que tienen como contenido exclusivo establecer unas estipulaciones para el supuesto de que en un futuro se produjera una separación judicial o un divorcio. El juez encargado del Registro Civil denegó la inscripción por cuanto, según éste, la publicidad de las capitulaciones era ajena al Registro Civil.

Asimismo el juez afirmaba que, aunque el artículo 15 de Código de Familia de Cataluña previera que se pueden alcanzar en capitulaciones matrimoniales estos pactos en previsión de ruptura, ello no significa que debieran ser objeto de publicidad.

Según afirma el Centro Directivo no todo el contenido de las capitulaciones matrimoniales debe ser inscrito, sino sólo aquél que se refiere al régimen económico matrimonial, su modificación o su sustitución.

De la misma forma, las capitulaciones pueden contener «*cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio*», como señala el artículo 1325 del Código Civil que por vía de donación o de cualquier otro acto uno de los esposos hace a favor del otro, o las que les hace un tercero como los ascendientes (donaciones, mejora promesas de mejorar o no mejorar) que en modo alguno son objeto de publicidad en el Registro Civil, sin perjuicio de que algunas de ellas deban inscribirse en el Registro de la Propiedad.

⁸⁶ RJ 2003\6172

Por esta razón y aplicando la tesis de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sí podrán ser objeto de inscripción los pactos presuntivos ya que afectan al régimen económico matrimonial, su modificación o su sustitución.

1.2.B.a.b''.- Pactos atributivos de propiedad

Junto a los pactos presuntivos podemos encontrar los pactos atributivos de la propiedad. Estos pactos no establecen una presunción *iuris tantum* sino una regla clara de atribución con efectos reales. Como señala GUILARTE GUTIERREZ⁸⁷, *“en el supuesto de pactos atributivos se hace necesaria una clara manifestación de los contratantes en el sentido de dotar de efectos inmediatos y reales a la producción del supuesto al que ligan los mismos. Así, habrá que incluir en este tipo aquellos pactos que hablan de “pertenece a uno u otro esposo los bienes que...”. Dicción diferente a la que se reflejará en los pactos probatorios, donde se dirá que “se presumirán-o considerarán- de uno u otro esposo los bienes que”. Parece por lo tanto decisivo llegar a conocer la real intención de los contratante al verificar el convenio y deducir de su manifestación de voluntad, debidamente interpretada, el alcance de los pactos, ya que, a priori, fácilmente se nos alcanza la mayor relevancia de los pactos atributivos respecto de los probatorios”.*

1.2.B.b.- La aplicación convencional del principio de subrogación real.

En el régimen de separación de bienes lo fundamental para determinar la pertenencia de un bien será probar quién lo adquirió, con independencia de que el dinero para la adquisición provenga del patrimonio del adquirente o de uno distinto. Es decir, a priori no regiría el principio de subrogación real. En

⁸⁷ GUILARTE GUTIERREZ, *“La regla de la indivisión en el régimen de separación de bienes (art. 1441 CC) y su alteración convencional”*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, marzo-abril 1984, pags. 309 ss

palabras de DELGADO ECHEVARRÍA⁸⁸, al Derecho le es indiferente la clase de adquisición o la procedencia del dinero para atribuirlos al patrimonio del sujeto, y sólo tiene en cuenta quién es parte en el negocio jurídico. Así se hace titular a la persona que realiza en el acto o hecho que constituye el título de la adquisición, mientras otras normas específicas, como las de representación o sobre el régimen matrimonial que suponga un patrimonio común, no indiquen otra cosa.

No obstante autores como DIEZ PICAZO Y GULLON⁸⁹, mantienen la vigencia del principio de subrogación real en las relaciones entre los cónyuges y el contrario frente a terceros. Para REBOLLEDO VARELA⁹⁰, aunque en principio no regiría el principio de subrogación real, si se aplicaría si existe alguna relación entre los cónyuges que justifique que la adquisición ha sido para el cónyuge propietario de los fondos y que no figura como adquirente.

Para RIBERA BLANES⁹¹, el principio de titularidad formal no debe regir con carácter absoluto, arguyendo las sentencias del Tribunal Supremo como la de 28 de abril de 1997⁹² o 19 de julio de 2002⁹³, de forma que la titularidad formal no es más que uno de los criterios que junto a la procedencia del dinero pueden llevar al juzgador a determinar la titularidad de un bien.

Por todo ello, y habida cuenta de las distintas opiniones y criterios para aplicar el principio de titularidad formal o el de subrogación real, los cónyuges

⁸⁸ Op, cit DELGADO ECHEVARRÍA, *“El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña”*

⁸⁹ DIEZ -PICAZO, y GULLON BALLESTEROS, *“Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia y Sucesiones”*, Séptima edición, Tecnos, 1997, pag 236

⁹⁰ REBOLLEDO VARELA, citado por PEREZ MARTÍN, *Tratado de Derecho de Familia, Régimenez Económicos matrimoniales*, Tomo V, Volumen 2, Lex Nova, 2009, pag, 1571

⁹¹ RIBERA BALNES, *“Del régimen de separación de bienes”*, en RAMS ALBESA, y MORENO MARTINEZ, Coordinadores, *“El Régimen económico del matrimonio”*, Dykinson, 2005, pags.817 ss

⁹² RJ 1997/3407

⁹³ RAJ 2002/9098

pueden determinar convencionalmente la aplicación de uno u otro dando así seguridad jurídica.

1.2.B.c.- Pactos relativos a la gestión y administración de los patrimonios de los cónyuges.

Continuando con el artículo 1437 del Código Civil y refiriéndonos a la gestión y administración del patrimonio de cada uno de los cónyuges, reza dicho precepto que a cada uno de los cónyuges corresponderán tanto el goce y libre disposición de sus bienes, como su administración.

Ello significa que cada cónyuge tiene libertad para administrar y disponer de su patrimonio a salvo de las limitaciones legales del llamado régimen legal primario, como por ejemplo la prevista para la vivienda familiar en los artículos 96 in fine y 1320 del Código Civil, y lo podrá hacer tanto a título oneroso como gratuito.

Pese a la apuesta por la gestión individual de cada patrimonio, la propia ley, consciente de que en un matrimonio las relaciones no pueden asimilarse a las relaciones entre extraños establece en el artículo 1439 del Código Civil la regla según la cual se asimila a un mandatario, en cuanto a las obligaciones y responsabilidades, a un cónyuge que administra o gestiona bienes o intereses del otro. Pese a la asimilación el Código civil le exime de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos en atenciones relativas al levantamiento de las cargas del matrimonio. Si se demuestra que lo hizo en atenciones distintas del levantamiento de las cargas sí deberá rendir cuentas.

Respecto a este artículo y para entenderlo correctamente debemos partir de la regla del artículo 71 del Código Civil que señala que ninguno de los cónyuges podrá atribuirse la representación del otro sin que se le hubiere

conferido, y del artículo 1259 del Código Civil que prohíbe que una persona administre los intereses de otro si no existe representación legal o voluntaria.

De esta forma queda descartada la interpretación del artículo 1439 del Código Civil como la atribución de un mandato general entre cónyuges.

Coincido con AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ⁹⁴ en que el artículo 1439 del Código Civil, no es un supuesto de representación legal, ni voluntaria; un esposo no se atribuye su representación, sino que únicamente “*está administrando o gestionando sus bienes y actuando como cónyuge cooperante*”. Son actos que realiza un cónyuge sin el consentimiento del otro, aunque sin su oposición, ya que si existe una encomienda expresa o tácita lo que se daría sería un mandato.

Así las cosas, en el ámbito de la gestión y administración de los bienes se tornan muy útiles y convenientes los mandatos y apoderamientos entre cónyuges, así como la regulación convencional de sus efectos, amplitud, rendición de cuentas e incluso su remuneración.⁹⁵

Dichos mandatos generalmente serían revocables⁹⁶, no sólo por la regla general del artículo 1733 del Código Civil, sino por respeto al límite del principio

⁹⁴ vid, op, cit, AMUNATEGUI RODRIGUEZ, “*La Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos...*”, pag 225

⁹⁶ La irrevocabilidad sería una excepción. Sobre la irrevocabilidad del mandato desde la STS de 22 de mayo de 1942, hasta la de 3 de septiembre de 2007 (RJ 2007/4709), ha definido un cuerpo de jurisprudencia sobre el mandato irrevocable que desarrolla con maestría la STS de 31 de 1987 que señala que: “*Según se deduce de la jurisprudencia de esta Sala -Sentencias de 22 de mayo de 1942 (RJ 1942\634), 1 de diciembre de 1944 (RJ 1944\1272), 12 de junio de 1947 (RJ 1947\771), 3 de junio de 1950 (RJ 1950\1017), 2 de noviembre de 1961 (RJ 1961\3631), 20 de abril de 1981 (RJ 1981\1658), etc.-la irrevocabilidad del mandato deviene, no sólo cuando existe pacto expreso que así lo establezca siempre que tal pacto sea conforme con su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino, también, cuando el mandante no es simple expresión de una*

de igualdad en los pactos entre cónyuges, quedando revocados automáticamente cuando se admitan las demandas de separación, nulidad y divorcio. Por otra parte, el cónyuge, a pesar de otorgar mandato, no pierde la posibilidad de realizar los actos sobre su patrimonio por sí mismo.

1.2.B.d.- Los pactos relativos a la indemnización prevista en el artículo 1438 CC: La contribución a las cargas de matrimonio y la compensación por trabajo para la casa prevista en el artículo 1438 del Código Civil.

En primer lugar trataremos de la delimitación cualitativa de las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes.

No existe un precepto en el Código Civil que determine qué puede entenderse o qué partidas integran las cargas familiares. No existiendo precepto alguno que lo determine debemos hacer una delimitación negativa, para así llegar a un acercamiento de lo que sean cargas familiares.

Así, mientras que en el régimen de gananciales las cargas del matrimonio coincidirían casi con totalidad con las partidas previstas en el artículo 1362 del Código Civil, en el régimen de separación de bienes no podemos admitir que los gastos de los bienes propios de cada cónyuge, o de su negocio sean carga del matrimonio, salvo que el uso de dichos bienes se realice por la familia. Pensemos por ejemplo en la vivienda familiar; si dicha

relación de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados.”

vivienda fuera propiedad de uno de los cónyuges, el uso de la misma, además de ser por sí mismo una contribución a las cargas del matrimonio, en especie, generará unos gastos.- luz, agua, teléfono, comunidad , etc...-que serán claramente cargas familiares.

En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de mayo de 2006 ⁹⁷, cuando señala que no cabe considerar como cargas familiares los gastos de inmuebles que, *”aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar”*.

Por tanto podríamos identificar, a priori las cargas del matrimonio, en los conceptos recogidos en el ordinal 1º del artículo 1362 del Código Civil, como sostenimiento de la familia, alimentación y educación de los hijos comunes, y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. Además, debemos tener en cuenta que cada familia, en función de su nivel de vida y circunstancias particulares, tendrá más o menos cargas familiares.

Entrando ya en el análisis del artículo 1438 del Código Civil debemos comenzar por analizar la delimitación cuantitativa, o lo que es lo mismo, cuánto de sus recursos debe aportar cada cónyuge al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Para ello, el precepto establece la **prioridad del pacto**, y establece un criterio subsidiario, a falta de acuerdo; la proporcionalidad.

La determinación cuantitativa de la contribución a las cargas del matrimonio resulta especialmente importante en el régimen de separación de

⁹⁷ Sentencia núm. 564/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 31 mayo, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller (RJ 2006\3502)

bienes por cuanto, determinada la cuantía que cada cónyuge debe aportar para soportar dichas cargas, el resto será de libre disposición para cada cónyuge.

De esta forma, con la delimitación cuantitativa de delimita, al mismo tiempo, el margen de libertad patrimonial de cada uno respecto de los ingresos de su profesión o las rentas de sus bienes.

En efecto, siendo el principio básico en el régimen de separación de bienes el de absoluta separación de patrimonios, el único límite que tienen los cónyuges es el levantamiento de las cargas familiares, por lo que, satisfechas dichas cargas el principio de libre separación despliega toda su efectividad.

Respecto al posible pacto hemos de plantearnos en primer lugar la forma del mismo ya que el artículo 1438 del Código Civil no establece ninguna regla formal por lo que, a priori, puede predicarse la libertad de forma, incluso de forma tácita deducido del comportamiento habitual de los cónyuges.

Es decir, si cada cónyuge viene aportando a la cuenta común donde se cargan los gastos familiares un 25% de su sueldo, aunque no conste por escrito que cada cónyuge contribuirá en un 25% de sus ingresos, dicho acuerdo es fácilmente deducible de su comportamiento a lo largo de un cierto tiempo.

No obstante, sería conveniente que se hiciera de forma escrita y, a ser posible en capitulaciones matrimoniales, por las evidentes dificultades probatorias que pueden producirse ante una eventual reclamación por exceso de contribución a las cargas por parte de alguno de los cónyuges.

Deteniéndonos en el pacto capitular, la primera cuestión es determinar si la contribución a las cargas puede considerarse un pacto que configure un contenido típico o primario de las capitulaciones matrimoniales, que exigiría el

otorgamiento de escritura pública, o bien un contenido atípico o secundario, que no exigiría tal formalidad conforme a los artículos 1325 y 1327 del Código Civil.

A mi juicio, y aunque el pacto sobre contribución a las cargas del matrimonio forma parte del contenido típico de las capitulaciones matrimoniales, por venir referido a la regulación del régimen económico matrimonial, es el propio Código Civil en su artículo 1438 el que otorga la libertad de forma respecto este pacto.

Sin perjuicio de lo anterior, si se pacta en capitulaciones matrimoniales la contribución a las cargas, este pacto vendrá recogido en escritura pública, con la publicidad que prevé el artículo 1.333 del Código Civil que se refiere a “pactos”, entre los cuales puede constar el de contribución a las cargas del matrimonio, con evidentes efectos frente a terceros. A mayor abundamiento, éstos pueden, al amparo del artículo 266 del Reglamento del Registro Civil pedir copias del Notario autorizante de la escritura de capitulaciones siempre que presenten un principio de prueba que les acredite como titulares de algún derecho patrimonial frente a cualesquiera de los cónyuges.

Respecto a qué contenido pueden tener los pactos, en principio el artículo 1438 del Código Civil no establece límite alguno a la libertad de pactos entre los cónyuges. De esta forma los cónyuges pueden pactar el establecimiento de un porcentaje sobre sus ingresos, la determinación de una cantidad periódica fija o variable, la asignación de los frutos de determinados bienes o la atribución de determinados gastos a un cónyuge y otros al otro.⁹⁸

No obstante podría plantearse la existencia de límites derivados de la aplicación del artículo 1318 del Código Civil que establece, con carácter

⁹⁸ RIBERA BLANES, “La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pags 54 y 55

imperativo, la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, siendo el acuerdo más polémico la exoneración de uno de los cónyuges de su obligación de contribuir.

Así las cosas, tal y como recoge RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ⁹⁹ existen algunos autores como DOMEQUEQ ALMER y GARRIDO PALMA que admiten su viabilidad sin más exigencias, mientras que otros autores apoyan la validez de este acuerdo cuando haya una causa que lo justifique, como REBOLLEDO VARELA, o que exista imposibilidad material de contribuir por carecer de recursos económicos. Por su parte otros mantienen que es un pacto nulo (MIRALLES GONZALEZ y ALVAREZ SALA WALTHER).

Para los propios autores que recogen estas posturas el único límite a la libertad de pacto se encuentra tanto en la exoneración de la contribución, como en el extremo opuesto, es decir, que uno de los cónyuges aporte todos sus recursos.

A mi juicio, los cónyuges pueden pactar lo que deseen, ya que el criterio de la proporcionalidad es completamente subsidiario y existe la libertad de contratación entre los cónyuges prevista en el artículo 1323 del Código Civil, sin perjuicio de la evidente dosis de gratuidad que supondría tal pacto¹⁰⁰. Sólo en el caso de no pactarse nada es cuando intervendría el criterio legal de proporcionalidad y, de contribuir uno de los cónyuges en mayor proporción a sus recursos que el otro cónyuge, se produciría un derecho de reembolso en el patrimonio del cónyuge que más aportara.

Pese a lo argumentado anteriormente, también es defendible la argumentación en contra, es decir, la nulidad del pacto de exoneración por ir

⁹⁹ RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ, Coordinadores, *“El régimen económico del matrimonio, Comentarios al Código Civil. Especial consideración de la doctrina jurisprudencial”*, Dykinson, 2005, pag 877 y 878

¹⁰⁰ vid. op, cit, DIEZ- PICAZO y GULLON, *“Sistema de Derecho Civil, Volumen IV..”*, pág. 233

en contra de la igualdad de derechos entre los cónyuges prevista en el artículo 1328 del Código Civil, o por ser contrario a las leyes, ya que el artículo 1318 del Código Civil ordena con carácter imperativo la obligación de sostenimiento de las cargas familiares por ambos cónyuges. Sobre el mismo argumento se podría predicar la nulidad del pacto por el cual un cónyuge aportara todos sus bienes y recursos al sostenimiento de las cargas familiares.

Por otra parte, y respecto a los pactos tácitos, es necesario ser prudente, ya que, admitido dicho pacto, la mayor aportación de uno de los cónyuges a las cargas matrimoniales puede entenderse como un pacto tácito de hacerlo así, y ser una vía de defensa ante las reclamaciones del cónyuge que más aporta a las cargas matrimoniales al amparo del artículo 1438 del Código Civil.

Respecto al contenido de los pactos en esta concreta materia son relativamente frecuentes los pactos por los que se renuncia a la compensación por trabajo para la casa, pacto cuya validez ha sido predicada, entre otras por la Sentencia de la AP de Murcia de 29 de octubre de 2003¹⁰¹.

De la misma forma son usuales los pactos por los que se determina la cuantía de la compensación tal y como se recoge en la Sentencia de la AP de Álava de 25 de abril de 2002.¹⁰²

Para terminar con este apartado no podemos dejar de referirnos a la Sentencia del TS de 14 de julio de 2011¹⁰³, que a mi juicio realiza una aplicación del artículo 1438 del Código Civil, sin que exista, en modo alguno un exceso de contribución a las cargas del matrimonio por parte del cónyuge

¹⁰¹ Sentencia de la AP de Murcia, Sección 1ª, num. 374/2002, rec 422/2002, de 29 de octubre de 2003 (JUR 2003\71008)

¹⁰² Sentencia de la AP de Álava, Sección 1ª, de 25 de abril de 2002, rec.56/2002 (JUR 2003\231109).

¹⁰³ Sentencia del TS, Sala 1ª, num. 534/2011, de 14 de julio.- ponente.- Excm. Sra. Encarnación Roca Frías (RJ 2011\5122).

favorecido por la misma. Es decir, interpreta el artículo 1438 del Código Civil de forma inconexa con la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio.

El artículo 1438 del Código Civil no aclara las formas posibles de cumplimiento de la obligación contribución a las cargas del matrimonio, si bien, tradicionalmente se ha distinguido entre contribución en metálico y en especie. Lo que si hace el artículo 1438 del Código Civil es aclarar que el trabajo para el hogar es una forma de contribución a las cargas del matrimonio en especie.

La forma habitual y lógica de contribuir a las cargas es en metálico, de forma que cada cónyuge puede aportar dinero para esa finalidad en proporción a sus ingresos.

La contribución a las cargas en especie, por su parte, consiste fundamentalmente en el uso de bienes propios de uno de los cónyuges para satisfacer necesidades familiares tales como la necesidad de vivienda, transporte, etc... y podrá calcular en función del precio de mercado de dicho uso, por ejemplo.- el alquiler medio en la zona, o el porcentaje de amortización fiscal en el caso de un vehículo, como en el caso de la Sentencia de la AP de LLeida de 20 de mayo de 2007.¹⁰⁴

Respecto al trabajo para la casa entenderíamos como tal no sólo la ejecución material del trabajo sino su dirección y responsabilidad, aunque, según algún autor, no se ejecute materialmente, según las circunstancias¹⁰⁵.

No obstante alguna sentencia excluye la compensación cuando la esposa dispuso de servicio doméstico; así la Sentencia de la AP Sevilla, de 27

¹⁰⁴ AP Lleida, Sec. 2.ª, 186/2008, de 20 de mayo Recurso 462/2007. Ponente: ANA CRISTINA SAINZ PEREDA (JUR 2008\267188)

¹⁰⁵ vid. op, cit, RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ, “*El régimen económico del matrimonio.....*”, Coordinadores , pag 898 y 899.

de abril de 2007¹⁰⁶ afirma que no puede existir el derecho a la indemnización ya que el matrimonio había dispuesto de servicio doméstico tanto en la vivienda habitual como en sus segundas residencias, por cuanto tenían un alto nivel económico. Así la esposa había dejado el trabajo que desempeñaba antes de casarse, porque sus ingresos eran innecesarios atendidos los del esposo, pero no lo había hecho para atender el hogar sino para llevar una vida apacible y confortable.

En mi opinión la existencia de servicio doméstico no excluye la posibilidad de considerar el trabajo para el hogar como contribución a las cargas del matrimonio, a priori, sin perjuicio de valorar según las circunstancias dicho trabajo. Así, según las circunstancias, el mero control del servicio doméstico, y las atenciones a las relaciones sociales de la familia en según que casos (grandes fortunas), así como la atención de los hijos, puede computarse como una labor susceptible de ser tenida en cuenta como contribución a las cargas matrimoniales. No podemos olvidar que para gran parte de la jurisprudencia existe una equiparación o equivalencia entre el desempeño de las tareas domésticas o trabajo para hogar y la dedicación a la familia.- por ejemplo.- llevar y traer los niños al Colegio; acompañarles al médico para revisiones, vacunas, etc, como pone de manifiesto la Sentencia de la AP de Valencia, de 7 de julio de 2001.¹⁰⁷

Respecto a la valoración, lo lógico sería computar la contribución a las cargas en función del salario medio de una empleada del hogar, para su comparación con la contribución del otro cónyuge a las cargas del matrimonio,

¹⁰⁶ Sentencia de la AP Sevilla, Sec. 2.ª, 206/2007, de 27 de abril . Recurso 1988/2006.
Ponente: MANUEL DAMIAN ALVAREZ GARCIA (JUR 2008\26441)

¹⁰⁷ Sentencia de la AP de Valencia, Sección 9ª, de 7 de julio de 2001. (JUR 2001\274492)

todo ello sin perjuicio de moderar la misma en función de una mayor o menor dedicación a las tareas del hogar.

La valoración resulta especialmente importante porque a la hora de valorar la compensación por el trabajo del hogar se torna necesario establecer el término de comparación con la aportación del otro cónyuge. Esto es así porque la interpretación que haya de hacerse de la compensación debe de realizarse en conexión con el fundamento de la institución.

De esta forma, sólo en el caso de que uno de los cónyuges hubiera aportado en mayor proporción que el otro tendría sentido la compensación. Así, a mi juicio, si un cónyuge trabaja en las labores del hogar y atención a los hijos y otro tiene un trabajo remunerado, cada uno estaría aportando a las cargas del matrimonio, uno de forma dineraria y otro en especie, en la misma proporción y no cabría, sin perjuicio de la existencia de un eventual derecho a una pensión compensatoria, derecho a la compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil.

El mejor exponente de la tesis que afirmo es la Sentencia de la AP Zaragoza, de 3 de marzo de 2009¹⁰⁸, cuyo argumento, por su gran interés reproduzco literalmente:

"... si como en el caso ha sucedido según lo que resulta de lo actuado, la esposa se dedicó al cuidado de la familia y los únicos ingresos que entraron en la casa fueron los obtenidos por el esposo, quien se los entregaba a aquella para atender las cargas familiares, no constando, por otro lado, que el esposo se haya hecho durante el matrimonio con más bienes que los existentes con anterioridad al mismo, debe concluirse que la contribución de ambos cónyuges, uno con el trabajo fuera de la casa y la esposa con el trabajo dentro de ella,

¹⁰⁸ Sentencia de la AP Zaragoza, Sec. 2.ª, 125/2009, de 3 de marzo, Recurso 666/2008. Ponente: FRANCISCO ACIN GAROS (JUR 2009\236795)

merece la misma valoración, y, por ello, que ninguna indemnización cabe fijar a favor de la Sra. Sacramento ..."

Por el contrario los casos más claros se darían cuando trabajando ambos cónyuges, uno de ellos, tras su jornada laboral se ocupa del cuidado de la casa y de los hijos mientras que el otro se dedica a alguna afición, a estudiar, etc...o cualquier otra actividad que únicamente sea beneficiosa o útil para él o su patrimonio.

En la misma línea que lo dicho para el trabajo para el hogar, el trabajo no retribuido de un cónyuge en la actividad del otro, puede ser una forma de contribuir a las cargas del matrimonio¹⁰⁹.

En coherencia con lo expuesto hasta ahora, con respecto al trabajo en la empresa o negocio del otro progenitor pueden darse diversas situaciones, sin perjuicio de los pactos a los que hubieran llegado los cónyuges:

- Si el cónyuge no propietario del negocio se ocupa, además del hogar, de colaborar en el negocio del otro cónyuge o bien, aporta dinero u otros ingresos al sostenimiento de las cargas familiares, podría generarse la compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil por exceso de contribución a las cargas en especie, siempre y cuando los beneficios de dicho negocio fueran dirigidos al sostenimiento de las cargas.

- Si ambos cónyuges trabajan en el negocio y los ingresos del negocio son de los que vive la familia, ambos cónyuges estarían aportando su trabajo para el sostenimiento de la familia en la misma proporción y no se generaría compensación alguna.

¹⁰⁹ GONZALEZ DEL POZO, *"La compensación prevista en el artículo 1438 CC"*, en *El Derecho de Familia em Expansión*, AA.AA, Dykinson, 2009, págs 66 a 71

- Por último, si las resultas del negocio no fueran aplicadas a la contribución a las cargas del matrimonio, sino a incrementar el patrimonio de uno de los cónyuges o a sus gastos privados, no se generaría una compensación del artículo 1438 del Código Civil por este trabajo, todo ello sin perjuicio del derecho del cónyuge trabajador a solicitar mediante el correspondiente juicio declarativo una indemnización sobre la base de un enriquecimiento sin causa del cónyuge empresario (Vid.- SAP de Navarra, Sección 2ª, 250/2003, de 31 de julio de 2003).

Es decir, se trate del supuesto del que se trate, la compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil debe interpretarse y aplicarse siempre que exista un exceso de contribución, sea dinerario o en especie, entre los cuales se encuadraría el trabajo para el hogar, pudiendo aplicarse aquél precepto de forma analógica a otros supuestos (como el trabajo para el negocio del otro cónyuge), al tener la misma ratio de compensar el exceso de contribución a las cargas contribución (en esta línea Sentencia de la AP de Castellón de la Plana de 9 de marzo de 2006¹¹⁰, y Sentencia de la AP de Sevilla, de 17 de marzo de 2004).¹¹¹

No obstante lo anterior hay que admitir que lo expuesto es una opinión entre las muchas que, tanto a nivel jurisprudencial, como doctrinal se han ofrecido en los últimos años. Como señala GONZALEZ DEL POZO¹¹², con gran maestría y actualidad, las posturas van desde la desconexión entre el artículo 1438 CC y la contribución a las cargas del matrimonio, a la exigencia de desigualdad patrimonial entre cónyuges.

¹¹⁰ Sentencia de la AP de Castellón de la Plana, Sección 2ª, de 9 de marzo de 2006 (JUR 2006\237297)

¹¹¹ Sentencia de la AP de Sevilla, Sección 5ª, de 17 de marzo de 2004 (AC 2004\382)

¹¹² GONZALEZ DEL POZO, "La compensación (art. 1438 CC del Código Civil), El Derecho de Familia em Expansión, Dykinson, 2009, págs. 19 a 140

Volviendo a la Sentencia del TS de 14 de julio de 2011, ésta asume una total desconexión entre el deber de contribuir a las cargas del matrimonio y la compensación del artículo 1438 del Código Civil. De esta forma, lo que mantiene la resolución judicial, a mi modo de ver es una compensación a la esposa por la dedicación pasada a la familia, que ha impedido la propia proyección personal liberándose al otro cónyuge, que puede ejercer su carrera profesional.

Pues bien, para éstos supuestos, en mi opinión, debe acudirse a la pensión compensatoria que viene establecida legalmente cuando se dan las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código Civil.

Es el propio Tribunal Supremo y la misma ponente la que señala en la Sentencia del TS de 19 de enero de 2010¹¹³, como doctrina jurisprudencial que para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio.

2. Materias de orden público

2.1. Respecto de los cónyuges

Esta materia deja poco margen de pacto atendido el carácter imperativo de la mayoría de las normas que configuran la institución matrimonial. De esta

¹¹³ Sentencia del TS, Sala 1ª, 864/2010, de 19 de enero (RJ 2010\417)

forma, considero que no serían válidos aquellos pactos que creen un tipo de matrimonio distinto del previsto legalmente, suprimiendo obligaciones (monogamia, fidelidad) o imponiendo obligaciones no contempladas (no vivir en una determinada localidad, establecer un número determinado de relaciones sexuales, etc...) todos ellos nulos por ser contrarios al orden público matrimonial y a normas imperativas.¹¹⁴

Asimismo, considero nulo el pacto que establezca una indemnización por daños y perjuicios a modo de cláusula penal, derivada únicamente de la ruptura matrimonial, por contravenir el artículo 10 de la Constitución Española, así como la propia ley 15/2005, que determina la libertad de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial sin causa. El establecimiento de una indemnización iría en contra de dicha libertad y sería por tanto nulo.

PEREZ MARTIN¹¹⁵ recoge la Sentencia de la AP de Almería, Sección 2ª, de 17 de febrero de 2003, Sentencia que declaró la nulidad de las capitulaciones matrimoniales que obligaban a indemnizar al marido en función del tiempo de duración del matrimonio.

En el supuesto resuelto por esta sentencia se había suscrito por los cónyuges una escritura de capitulaciones matrimoniales, dos días antes de contraer matrimonio y en la que se pactaba la siguiente cláusula *«En caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D. ... asume la obligación de indemnizar a Dª ... 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*

¹¹⁴ GONZALEZ DEL POZO, : "Acuerdos y contratos prematrimoniales" (II), Boletín de Derecho de Familia, Año VIII, num 82, septiembre 2008

¹¹⁵ PEREZ MARTIN, " Tratado de Derecho de Familia", Lex Nova, Tomo II, pag 92

de aprobación judicial, y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal.»

La resolución parte, como en otras, de la libertad de pactos entre los cónyuges al amparo de los artículos 1255, 1315 y 1325 del Código Civil. A la vez, la sentencia introduce algo que ya hemos recogido en nuestro capítulo primero: la existencia de límites a la libertad de pactar.

Para la Sala el pacto firmado tenía una doble naturaleza; por un lado otorgaba una valoración económica a la convivencia conyugal y por otra parte suponía también una cláusula penal que disuade al otro cónyuge de cesar la convivencia.

Pues bien, para la Sala la referida cláusula era nula por aplicación del artículo 1328 del Código Civil, que consideraba así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. De esta forma, de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho a la separación matrimonial, reconocido implícitamente en el art. 32.2 de la Constitución Española, algo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges y 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.

Así las cosas, la igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo podría hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual.

A la argumentación de la citada sentencia cabe añadir que la cláusula sería contraria al orden público por cuanto desde la entrada en vigor de la ley

15/2005, los cónyuges pueden divorciarse libremente se alegar causa alguna, de forma que cualquier cláusula que impidiera esa libertad de romper el lazo matrimonial sería nula por contravenir el orden público.

En la misma línea encontramos la Sentencia de la AP de La Coruña de 7 de mayo de 2002¹¹⁶, que declara la nulidad de algunas cláusulas de un Convenio Regulador que rezaba que si la madre tenía una relación de pareja con otra persona la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que éste también tuviera relación de pareja. Suponen estos pactos un claro atentado contra la libertad personal y libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges.

De la misma forma la Sentencia de la AP de Valladolid, Sección 1ª, de 12 de abril de 2002, declara la nulidad de una cláusula que limita la libertad de domicilio una vez abandone el domicilio familiar.¹¹⁷

Por último, debemos preguntarnos si sería válido un pacto que mantuviera las causas de divorcio/separación tras la reforma operada por la Ley 15/2005.

A mi juicio, parece que no sería admisible tal pacto porque iría contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 10 de la Constitución Española y la Ley 15/2005, que como reflejo de dicho principio establece la libertad de ruptura sin causa.¹¹⁸

2.2. Respecto de los hijos: guarda y custodia, atribución del uso de la vivienda familiar habiendo hijos menores y alimentos de los hijos menores

¹¹⁶ Sentencia de la AP de La Coruña, sección 6ª, de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002\198111)

¹¹⁷ PINTO ANDRADE, *"Pactos matrimoniales en previsión de ruptura"*, Boch, 2010, pag. 63

¹¹⁸ LOPEZ MARCO, *"Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio"*, Revista de Derecho de Familia, Lex Nova, nº37, octubre de 2007

Sobre esta materia, la mayor parte de los juzgados y Tribunales mantienen la ineficacia de los acuerdos habida cuenta de que tratándose de materias de “*ius congens*”, los pactos deben pasar por el control judicial para tener validez. Entre otros el Auto de la AP de Barcelona, de 11 de mayo de 2006¹¹⁹, mantiene esta tesis.

No obstante lo anterior, la rotundidad de tal afirmación debe ceder ante una nueva línea jurisprudencial reflejada en la Sentencia del TS de 14 de febrero de 2005 y la propia evolución del Derecho de Familia hacia modelos más respetuosos con la autonomía de la voluntad de los padres¹²⁰.

La meritada Sentencia analiza el valor de los convenios entre los padres respecto a las materias de orden público relativas a los menores. En el caso analizado, el Alto Tribunal, comienza manifestando que de las pruebas practicadas no existe razón para pronunciarse de forma contraria a lo pactado por los padres.

Partiendo de dicha premisa señala que el artículo 39 de la Constitución, como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno filiales- 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.

De esta forma, y lo que es más trascendente, el Tribunal Supremo mantiene que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor.

¹¹⁹ Auto de la AP de Barcelona, num. 111/2006 (Sección 12), de 11 de mayo de 2006 (JUR 2006\271650)

¹²⁰ Sentencia del TS núm. 97/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 14 febrero, Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (RJ 2005\1670)

Así las cosas, el Tribunal Supremo limita 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, a los supuestos en que se lesione o se ponga en peligro al menor.

Por ello, sin perjuicio de que el acuerdo alcanzado por los cónyuges relativo a materias no disponibles debe ser aprobado por el juez para tener plenos efectos, no es menos cierto que el juez, siempre y cuando los acuerdos alcanzados no lesionen o pongan en peligro al menor, debe declarar vinculantes dichos pactos.

Dos son las circunstancias que pueden, a mi juicio, ser justificativas de la intervención judicial y de la ineficacia de los pactos: en primer lugar, que lo pactado sea lesivo o perjudique a los menores; en segundo lugar, que hayan cambiado, en el momento de tomar la decisión judicial las circunstancias que llevaron a los cónyuges a realizar los acuerdos prematrimoniales.

Como cambio de circunstancias me refiero a circunstancias objetivas u objetivables, y no a un cambio de opinión de uno de los progenitores que puede venir motivado por multitud de razones ajenas al interés prioritario de los menores.

La idea expuesta se colige del sentir de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 que señala que *“se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el Convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida”*. En el mismo sentido continúa la EM *“consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo, determinarán, en beneficio del*

menor; como éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurará la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”.

Llegado a este punto, no podemos dejar de referirnos al artículo 774.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, en la práctica, es una vía muy frecuente de pacto entre los cónyuges, si, previamente no han conseguido ponerse de acuerdo transformando el procedimiento en mutuo acuerdo; posibilidad que permite el artículo 777 de la ley rituaria.

Establece aquel precepto que en la vista del juicio, siempre y cuando no se hubiere hecho antes, los cónyuges pueden someter al juez los acuerdos o pactos a que hubieran llegado para regular las consecuencias de su crisis matrimonial.

Es decir, se prevé la posibilidad de acuerdo antes o en el mismo momento anterior a la vista de nulidad, separación o divorcio.

Pero lo más trascendente es, a mi juicio lo que viene a continuación, ya que señala el precepto que solo a falta de dicho acuerdo es cuando el juez podrá tomar alguna decisión sobre las medidas a adoptar todo ello, conforme a las peticiones de las partes y el Fiscal y de la prueba practicada.

Este precepto supone la confirmación de que el legislador considera prioritario el acuerdo de los progenitores sobre las medidas que habrán de regular la crisis matrimonial, incluidas las supuestas medidas no dispositivas, ya que no queda excluida ninguna medida. Sólo a falta de acuerdo se practicará prueba y decidirá el juez.

En definitiva, la libertad de pacto de los padres respecto a los menores es más amplia cada vez y, cada vez son más las voces que proclaman el

respeto a dicha voluntad salvo peligro o lesión para los menores. Ahondaremos más en esta materia al analizar los Convenios Reguladores.

Por último, en cuanto a las materia de orden público relativas a los menores estoy con GONZALEZ DE POZO¹²¹ en que no son válidos los pactos de privación de la titularidad de la patria potestad porque este derecho-obligación es irrenunciable, imprescriptible e indisponible, tal y como se afirma en las Sentencias de TS de 11 de octubre de 1991¹²² y de 6 de julio de 1996¹²³, y solo cabe la privación mediante sentencia una vez que se den las causas previstas en el artículo 170 del Código Civil.

Lo que si cabe pactar, a mi juicio, es el ejercicio de la misma respecto a uno o varios de los hijos ya que así está previsto en el artículo 92.4 del Código Civil que prevé que los padres podrán acordar en Convenio Regulador-lo que no excluye otros pactos anteriores- en beneficio de los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por un de los cónyuges. Pensemos en los casos en que los padres, atendida su profesión o la existencia de una enfermedad limitante deciden dejar previsto en pactos prematrimoniales quién tomará las decisiones más importantes respecto de sus hijos, sin injerencia de poderes públicos.

Continuando con los pactos que afectan a los hijos menores de edad, no podemos dejar de referirnos a los pactos que afectan a la vivienda habitual existiendo hijos menores.

Como sabemos, en estos casos es de aplicación el primer párrafo del artículo 96 del Código Civil tratándose de una materia de orden público. No obstante, que se trate de una norma que protege el orden público no impide que se realicen pactos que, protegiendo el interés superior de los menores a

¹²¹ vid, op, cit, GONZALEZ DE POZO, "Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)" pag 7

¹²² 1991\7447

¹²³ 1996\9608

disponer de una vivienda adecuada, eviten abusos por parte de uno de los progenitores.

Así en familias con varios inmuebles podría pactarse que la vivienda familiar se pondrá a la venta, pasando los menores a vivir con aquel cónyuge al que se atribuya la custodia o, por ejemplo que el progenitor no custodio abonará la mitad del coste de una vivienda en alquiler donde los menores vivirán con el custodio.

Todos estos pactos se pueden hacer a la luz de la reciente línea de interpretación del artículo 96 del Código civil que queda reflejada en las Conclusiones del III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y la Asociación de Abogados de Familia, se considera más oportuno que la atribución del uso de la vivienda familiar se realice de forma temporal, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, momento en el cual, bien uno de los cónyuges se quedaría con la vivienda, abonándole al otro el valor de su cuota en dinero, bien se vendería a un tercero, adquiriendo cada cónyuge su casa propia, siendo ésta última opción la más deseable atendidas las circunstancias económicas de la familia.

Ésta es la moderna tendencia en la interpretación y aplicación del artículo 96 del Código civil, más acorde con las actuales circunstancias económicas y sociales, tal y como prevé el artículo 3 del Código civil.

En esta línea se pronuncia la Sentencia de la AP de Las Palmas de 4 de junio de 2008 ¹²⁴. En esta resolución la Sala afirma que pese a la dicción literal del artículo 96, nada impide que se introduzcan limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar, ni que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro

¹²⁴ Sentencia de la AP de Las Palmas num. 385/2008 (Sección 3ª), de 4 de junio (JUR 2008\302706)

término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio.

Dicho lo anterior la realidad social impone que con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, las resoluciones judiciales deben limitar ese derecho de uso fijando un término final, que en general toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a la vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación.

De esta forma, según la Sala, se protegen por un lado los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor -intereses de mayor grado de protección legal, ciertamente- pero también el interés del otro progenitor, que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante.

En el mismo sentido, la Sentencia de la AP Valladolid, de 5 de octubre de 2009¹²⁵, continuando con su criterio en Sentencias de 24 de abril de 2007 o la de 1 de octubre de 2009 acuerda fijar con carácter temporal el uso del domicilio familiar cuando los recursos económicos de los cónyuges permiten garantizar a los menores un alojamiento adecuado y capaz de satisfacer sus necesidades si se reparten el producto de la venta de la vivienda conyugal o si se adjudica, en la liquidación de la comunidad ganancial, a uno solo de ellos indemnizando al otro en la mitad de su valor.

Para fundamentar tal decisión la Sala mantiene que el menor tiene derecho a que los padres le procuren alojamiento por estar insita esa prestación en la obligación alimenticia pero no a que esa vivienda sea de determinadas características y condiciones sino de aquellas que sea posible que sus progenitores puedan cubrir con sus recursos al igual que sucedía cuando el núcleo familiar estaba unido.

¹²⁵ Sentencia de la AP Valladolid, Sec. 1.ª, 226/2009, de 5 de octubre (JUR 2009\459726)

Uno solo de los cónyuges, en estos casos, no tiene que soportar en exclusiva las consecuencias de la crisis matrimonial cuando el patrimonio de la familia permite cubrir los intereses de ambos, así como los de los hijos comunes, debiendo acomodarse los derechos alimenticios de los hijos a la nueva situación económica familiar. En la misma línea la Sentencia de la AP Valladolid, de 9 de julio de 2010 ¹²⁶.

Desafortunadamente, el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 1 y 14 de abril de 2011¹²⁷ rechaza la tesis expuesta y reconociendo que existe una jurisprudencia dispar sobre la posibilidad de limitar el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales¹²⁸, con privación de dicho uso al menor, se decanta por la respuesta negativa. No obstante, introduce algo que es fundamental a mi juicio para admitir el pacto, cuando señala que *“esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio”*.

¹²⁶ Sentencia de la AP Valladolid, Sec. 1.ª, 213/2010, de 9 de julio . Recurso 198/2010 (JUR 2010\303552)

¹²⁷ RJ 2011\3139 y JUR 2011\184064

¹²⁸ Existen dos líneas jurisprudenciales: a) la primera contenida en la sentencia impugnada y en las de la misma sección de la Audiencia Provincial de Valladolid (nº 17/2007, de 17 enero (JUR 2007, 74235) ; nº 342/2007, de 15 octubre (JUR 2008, 12736)), que admiten la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo menor, permitiendo que pueda extinguirse este uso siendo menor el hijo y, por tanto, dependiente; b) una segunda línea la identifica la recurrente en las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, 209/2007, de 18 mayo (JUR 2007, 287995) ; 514/2005, de 14 octubre (JUR 2005, 278498) , que cita a su vez otras en el mismo sentido, que consideran imperativa la aplicación del Art. 96 CC (LEG 1889, 27) y entienden que no admite una limitación temporal a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores.

Es decir, lo que viene a decir el Alto Tribunal es que cabe el pacto, siempre y cuando no produzca perjuicio al menor; es decir, lo que venimos diciendo del resto de pactos en materias de orden público.

Así, cabría el pacto sobre la limitación temporal del uso de la vivienda familiar, si bien, sujeta a modificación por el juez si estima que les puede causar perjuicio y siempre tratando de evitar supuestos de abuso de derecho en los casos en que la necesidad de vivienda del menor esté garantizada¹²⁹.

Continuando con las materias que no son de libre disposición, nos referiremos al pacto sobre los alimentos.

Respecto a esta materia, son mayoría las sentencias que privan de eficacia los pactos sobre alimentos. No obstante señalar que salvo los pactos que supongan renuncia a los alimentos, que van en contra del artículo 151 del Código Civil, los demás, si bien no vinculan al Juzgador, sí deben servir como un importante medio de prueba. De esta forma el cónyuge que pretenda aumentar la pensión de alimentos sobre la pactada deberá, a mi juicio, alegar y acreditar los motivos de este incremento.

Aclarar que los alimentos de los hijos mayores de edad son materia de libre disposición y no están afectados por lo dicho.

Por último respecto al pacto sobre establecimiento de alimentos en un pacto privado, se plantea la cuestión de su posible reclamación judicial.

¹²⁹ La reciente Sentencia del Tribunal Supremo 671/2012, recurso 2050, de 5 de noviembre de 2011, ponente .- Xiol Ríos (RJ 2012\10135), parece volver a replantearse la cuestión del uso de la vivienda familiar en supuestos de hijos menores de edad, cuando en el supuesto se produzca un abuso de derecho y las necesidades de vivienda del menor esté garantizadas.

Para contestar a esta cuestión, debemos partir de las normas generales respecto al contenido obligacional de los contratos recogido fundamentalmente en los artículos 1091 y 1255 del Código Civil, así como del principio del interés del menor.

Jurisprudencialmente, es interesante la Sentencia de la AP de Vizcaya, de 26 de septiembre de 2008. En el supuesto resuelto, la Audiencia Provincial de Vizcaya, mantiene que un convenio regulador no ratificado judicialmente tiene la eficacia de todo contrato conforme al artículo 1261 del Código civil, sin que pueda predicarse que el mismo carece de efectos por no haberse aprobado judicialmente. En el caso, la esposa reclamaba, conforme a dicho convenio regulador no aprobado judicialmente y sobre la base del mismo los alimentos y prestaciones alimenticias impagadas a sus hijos.

Por esta razón, el convenio regulador no podía tacharse de ineficaz por carecer del requisito de ser aprobado judicialmente. Asimismo, si se hubiera negado la eficacia de dicho Convenio se iría contra los propios actos del progenitor que había convenido con la madre de los menores una determinada pensión alimenticia.

En coherencia con lo anterior, la Sala confirma la plena eficacia del Convenio Regulador no aprobado judicialmente, yendo el demandado contra sus propios actos de forma inadmisibile, al haber convenido con la madre de sus hijos la prestación alimenticia que sufragaría.

Asimismo añade la meritada sentencia que pretender condicionar la eficacia a la aprobación judicial del Convenio tiene aún menos sentido cuando el obligado al pago no ha pretendido dicha aprobación, ni ha interesado su modificación o la fijación de las medidas paterno-filiares de sus hijos acorde con su caudal patrimonial.

En esta misma línea referirnos a la Sentencia del TS de 15 de febrero de 2002¹³⁰. En el caso resuelto por el Alto Tribunal los cónyuges habían firmado el 14 de diciembre de 1987 una escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, sustituyendo el régimen de gananciales por el de separación de bienes. El 15 de diciembre, al día siguiente, firman un documento privado con la denominación de Convenio Regulador en el que los cónyuges estipulan que el esposo pagaría a la esposa en concepto de contribución a las cargas y alimentos, la cantidad mensual de doscientas cincuenta mil pesetas cuya cantidad se revisará anualmente con arreglo al Índice de Precios al Consumo fijado por la Dirección General de Estadística para la provincia de Las Palmas (cláusula Tercera) y que la cantidad fijada en concepto de contribución a las cargas y alimentos se abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes en determinada cuenta corriente.

Impagados los alimentos, la esposa reclama el cumplimiento del Convenio, y el esposo demandado se opone y reconviene de nulidad radical e inexistencia, así como de ineficacia.

El juzgado de instancia estima la demanda de la esposa y desestima la reconvenición. La Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 18 de septiembre de 1997, recaída en el Rollo 96/1996, desestima el recurso de apelación del esposo y confirma la de instancia sustancialmente. Es el esposo el que acude en casación al Tribunal Supremo, y el Alto Tribunal desestima el recurso. A la vez que ratifica la eficacia del acuerdo el Tribunal Supremo comparte la doctrina que recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas relativa a dichos acuerdos, pues los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial, en ejercicio de su autonomía privada, conforme al artículo 1255 del Código civil,

¹³⁰ Sentencia del TS núm. 116/2002 (Sala de lo Civil), de 15 febrero, Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández (2002\1619)

pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales.

Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia, tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general, artículo 1261 del Código civil, además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter «ad solemnitatem» o «ad substantiam» para determinados actos de disposición.

Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 26 de enero 1993¹³¹ , 22 abril de 1997¹³² , 19 diciembre 1997¹³³ , 27 enero¹³⁴ y 21 diciembre 1998¹³⁵) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGRN de 31 de marzo¹³⁶ , 10 noviembre 1995¹³⁷ y 1 septiembre 1998¹³⁸), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial.

Continuando con la doctrina jurisprudencial sobre la eficacia de los acuerdos privados de los cónyuges respecto de los alimentos, es obligado referirnos a la Sentencia de la AP de La Coruña de 24 de mayo de 2005¹³⁹ en la cual se estima vinculante para el esposo la cláusula contenida en un convenio regulador no ratificado judicialmente. Resulta interesante el motivo del esposo para oponerse al pago: la indisponibilidad de la materia a que se refería el pacto. La Sala resuelve el asunto, en contra del argumento del esposo,

¹³¹ RJ 1993\365

¹³² RJ 1997\3251

¹³³ RJ 1997\9110

¹³⁴ RJ 1998\110

¹³⁵ RJ 1998\9649

¹³⁶ RJ 1995\2669

¹³⁷ RJ 1995\8086

¹³⁸ RJ 1998\6593

¹³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial La Coruña núm. 265/2005 (Sección 6), de 24 mayo (JUR 2006\93865).

apelando al fin de la indisponibilidad de la materia relativa a las pensiones alimenticias de hijos menores, que no es otro que el interés de los menores.

Si la indisponibilidad de la materia relativa a los alimentos de hijos menores es la tutela de su interés, y determina un control judicial sobre las disposiciones que al efecto puedan convenir las partes, es obvio que tal interés se ve debidamente salvaguardado con una prestación en un convenio privado entre las partes mucho más favorable a sus intereses que la que el demandado propugnó en el juicio de separación, por lo que *“carece de sustento material último la pretensión del demandado de quedar desligado de sus propios compromisos”*.

Continuando con el pacto sobre alimentos, nos encontramos con una cuestión de difícil resolución: la relativa a la eficacia ejecutiva de un pacto de alimentos contenido en una escritura pública. Es decir, si es posible la reclamación por el procedimiento ejecutivo recogido en los artículos 517 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o es preciso acudir a un procedimiento matrimonial que mediante resolución judicial, condene al abono de los alimentos pactados, y dicha resolución judicial sea el título ejecutivo. El problema se plantea porque el artículo 517.2.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que será título ejecutivo las escrituras públicas, con tal que sea primera copia. Si fuera segunda también será título ejecutivo si está dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o si se expide con la conformidad de todas las partes.

Esta cuestión se ha vuelto de actualidad por la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación familiar, a la que nos referiremos en capítulos posteriores, que incluye un nuevo título ejecutivo, el acuerdo de mediación elevado a escritura pública.

En sentido negativo se pronuncia la Sentencia de la AP de Cádiz, de 25 de junio de 2007¹⁴⁰.

En la citada Sentencia se plantea expresamente el problema de la validez y eficacia como título ejecutivo de la escritura pública notarial por lo que los cónyuges acuerdan capitulaciones matrimoniales para pactar la liquidación de la sociedad de gananciales y la propuesta de un convenio regulador.

Afirma la Sala que las escrituras en las que se incorpora un Convenio Regulador, o pacto privado de los cónyuges en orden a reglamentar los efectos de su separación o divorcio han sido tenidas en cuenta por los Tribunales para su valoración probatoria en orden a la aprobación de las medidas por el Juez en un posterior proceso contencioso de separación o divorcio.

Asimismo se argumenta que el Tribunal Supremo, en procedimientos declarativos, las ha considerado como válidas para sustentar las reclamaciones efectuadas al amparo de las mismas, tal y como ya hemos apuntado anteriormente.

Pese a todo, la Audiencia Provincial de Cádiz, en esta Sentencia niega la eficacia ejecutiva ya que aunque desde un punto de vista meramente formal, la escritura notarial es subsumible en el ° 4 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por tanto es título ejecutivo, el establecimiento de pensiones alimenticias para los hijos comunes, a diferencia de lo que sucede con la liquidación de la sociedad conyugal u otras estipulaciones, es una estipulación típica de un convenio regulador al que se refiere el artículo 90 del Código Civil, de forma que la misma, por disponerlo así el citado artículo, sólo podía hacerse efectiva por la vía de apremio desde su aprobación judicial, aprobación que no nos consta que se haya producido.

¹⁴⁰ Sentencia de la AP de Cádiz, 63/2007, Sección 5ª, de 25 de junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Luis Sanabria Parejo (JUR 2007\357882).

A mayor abundamiento se argumenta, para negar la eficacia ejecutiva, que *“nos movemos en un campo que no entra de lleno en el terreno del derecho dispositivo sino marcadamente influido por lo público, lo que nos lleva a determinadas peculiaridades en materia procesal como lo sería la intervención del Ministerio Fiscal en todo procedimiento para la aprobación, aun de acuerdo, de dichas medidas, no encontrándose el Juez nunca vinculado por la voluntad de las partes aunque pueda ser la misma tenida en cuenta a los efectos de la concreta ordenación de la medida”*.

A mi juicio, si bien es cierto que nos movemos en una materia de Derecho no dispositivo, como son las pensiones alimenticias a hijos menores de edad, también es cierto que el proceso ejecutivo da más agilidad y rapidez al cobro de las pensiones, siendo, por tanto, beneficioso para los mismos. No obstante, si el cónyuge que debe pagar considera que no son proporcionales, o el cónyuge custodio que debe percibir las entiende que son insuficientes siempre podrá acudir al juez de familia para que modifique las mismas, siempre respetando el interés de los menores.

Por último referirnos a la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 29 de marzo de 2012¹⁴¹ que proscribió la posibilidad de pactar la compensación de los alimentos de los hijos por deudas entre los cónyuges. La citada sentencia establece que dicho pacto es contrario a los artículos 151 y 1814 del Código Civil, que tratándose de normas imperativas, impiden pactar en contra. Como vemos, volvemos a los límites de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y aunque en este caso no se trata de un acuerdo prematrimonial, sino un acuerdo trasaccional posterior incluso al Convenio Regulador, la prohibición es, a mi juicio aplicable, *mutatis mutandi* a los acuerdos prematrimoniales, por lo que cualquier pacto que prevea la posible

¹⁴¹ JUR 2012\210405

compensación de los alimentos de los menores con deudas de los cónyuges sería nulo por contravenir normas imperativas.

2.3. El reconocimiento en Derecho Foral de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para regir sus relaciones con los hijos menores. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. El Plan de Parentalidad.

Manifestación expresa de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para regular materias que no son de libre disposición, con plena vinculación para el juez, salvo perjuicio para los menores, son los planes de parentalidad previstos en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Sin perjuicio de que, a priori, el plan de parentalidad, es una materia propia del momento de inicio de la crisis conyugal, lo ubicaré en este lugar de la tesis por cuanto defenderé su elaboración e inclusión en los acuerdos prematrimoniales, para que ocurrida la crisis conyugal, ya estén determinadas las normas básicas que los propios cónyuges se han dado, en un momento libre de los condicionantes propios de la crisis y sus causas, y por tanto más objetivos y hábiles para perseguir el interés de los hijos sin contaminación de los elementos de crispación existente en el momento de la crisis. Todo ello no obsta para que, no incluidos en un acuerdo prematrimonial puedan ser elaborados e incluidos en un Convenio Regulador en el momento de la ruptura.

El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales y en el mismo deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

En los planes de parentalidad deben constar o regularse materias que claramente excederían, a priori, de la libre disposición de los progenitores tales como el lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento; las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos; la forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen; el régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él; el régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia; el tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede; la forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos; y la forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

La propuesta de plan de parentalidad no tendría mayor relevancia sino fuera porque el artículo. Artículo 233 10. de la citada ley señala, respecto del ejercicio de la guarda que *” La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos”*.

Es decir, el Derecho Catalán recoge lo que he defendido como interpretación del derecho común: que los acuerdos de los cónyuges respecto a las materias que no son de libre disposición no es necesario que sean aprobados por el juez en todo caso, y son vinculantes para los cónyuges. La única potestad que tiene el juez es no aprobarlos, de forma motivada, por ser perjudiciales para los menores. En caso contrario vinculan, no sólo a los cónyuges, sino al juez.

II.- La confesión de privatividad.

La confesión de privatividad regulada en el artículo 1324 del Código Civil es, actualmente, un precepto que, pese a su brevedad, posee un contenido de una densidad y aplicación práctica importante, sobre todo respecto a su eficacia entre los cónyuges y respecto a los herederos forzosos del confesante y los acreedores de la comunidad, o de cada uno de los cónyuges.

En el presente apartado analizaré las diferentes posturas y opiniones doctrinales respecto a los principales problemas de interpretación del artículo 1324 del Código Civil, así como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de la Dirección General de Registros y del Notariado. Junto a la aséptica exposición de las diferentes posturas tomaré partido por las tesis que me resultan más coherentes y útiles, desde un punto de vista práctico.

Por último, expondré la relación entre el artículo 1324 del Código Civil y la normativa hipotecaria, así como su coherencia con las tesis defendidas en el presente trabajo.

1.- Antecedentes legislativos, concepto y justificación de la confesión de privatividad.

La introducción de la actual redacción del artículo 1324 del Código Civil se produjo por medio de la Ley 11/1981, de 13 de mayo¹⁴².

¹⁴² Vid. Sentencia del TS de 27 de mayo de 2005 (RJ 2005\6304) para analizar situación anterior a la reforma

Como antecedentes inmediatamente anteriores DE LOS MOZOS¹⁴³ cita los artículos 1344 y 1345 del Código Civil, en su anterior redacción, referidos a la técnica de la dote confesada.

Con anterioridad, la implantación de la confesión de privatividad se había encontrado con las trabas derivadas de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial¹⁴⁴, la prohibición de contratar entre cónyuges y las cautelas propias de un precepto que podía ser utilizado como canal de fraude de terceros¹⁴⁵.

Las dos primeras trabas quedaron sin sentido admitida la mutabilidad del régimen económico matrimonial (Ley 14/1975, de 2 de mayo) y la posibilidad de que los cónyuges celebraran toda clase de contratos entre sí tal y como permite el actual artículo 1323 del Código Civil; la tercera, como veremos, ha determinado la redacción del actual precepto y los efectos de la confesión.

De esta forma, en la actualidad el artículo 1324 del Código Civil establece que para la prueba, entre cónyuges, de la privatividad de un bien, será suficiente que el otro cónyuge confiese tal carácter. No obstante lo anterior, el propio Código Civil establece sus cautelas y limitaciones al prever que la confesión no perjudicará a los acreedores, ni a los herederos forzosos¹⁴⁶

Por confesión, podemos entender, según la Real Academia Española de la Lengua, *“la declaración que alguien hace de lo que sabe, espontáneamente*

¹⁴³ DE LOS MOZOS, : *“Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (arts.1315-1324)”*, vol. II, dir, ALBADALEJO, tomo XVIII, Vol. I, Madrid, 1982, pag 1 y ss

¹⁴⁴ Vid. DIEZ -PICAZO y GULLÓN , *“Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia y Sucesiones”*, Tecnos, pag 157

¹⁴⁵ RODRIGUEZ-PALMERO, *“El artículo 1324 del Código Civil: dudas y reflexiones”*, Diario La Ley, 27 de Julio de 2006.

¹⁴⁶ Artículo 1324 Cc: *“Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges”*.

o preguntado por otro”.¹⁴⁷. Esta definición es acertada como punto de partida ya que, como bien señala ALCAÍN MARTÍNEZ, la confesión de privatividad es “básica y generalmente una declaración de conocimiento”.¹⁴⁸

Pues bien, en la actual confesión de privatividad, cuando el precepto se refiere a “confesión”, según afirma MONTERO AROCA, no se refiere a la confesión, en sentido procesal que tenía la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, como acto de prueba sino como cualquier acto acreditativo en el que uno de los cónyuges admite de forma clara que un bien no es de la sociedad de gananciales, teniendo la condición de privativo del otro cónyuge¹⁴⁹; la exactitud de dicha afirmación, como veremos en las siguientes líneas no es tan absoluta.¹⁵⁰

Para continuar con una primera aproximación al artículo 1324 del Código Civil es necesario ponerlo en relación, desde un primer momento, con el artículo 1361 del Código Civil, en el caso de la sociedad de gananciales, y con el artículo 1441 del Código Civil en relación a la separación de bienes, ya que, al encontrarse ubicado en las disposiciones generales, la mayoría de la doctrina apuesta por aplicarlo a todo régimen económico matrimonial¹⁵¹ tal y como se encarga de aclarar la Sentencia del TS de 19 de julio de 2002¹⁵².

¹⁴⁷ Diccionario RAE, Vigésima Edición, Madrid, Editorial Espasa, 2001

¹⁴⁸ ALCAÍN MARTÍNEZ, “Eficacia de la confesión contemplada en el artículo 1324 del Código Civil”, Estudios Ciencias Jurídicas, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996, pag 36

¹⁴⁹ MONTERO AROCA, “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Gananciales”, 3ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pag. 293

¹⁵⁰ STS 18 de julio de 1994 (RJ 1994/6447) y 23 de mayo de 2001 (RJ 2001/3373)

¹⁵¹ Defienden la aplicación del artículo 1324 CC al régimen de separación de bienes entre otros autores: LACRUZ BERDEJO, “Elementos de Derecho Civil”, Tomo V, Editorial Bosch, Barcelona 1994, pag 264; op, cit, ALCAÍN MARTÍNEZ, E. “Eficacia de la confesión...”, pag 75 y 76; AVILA ALVAREZ, “El régimen económico del matrimonio en la reforma del Código Civil”, RCDI, 1981, pag 1384.

En contra RIVERA PONT, “Breves Reflexiones sobre el reformado artículo 1.324 CC”, RCDI, 1982, pag 746.

¹⁵² RJ 2002\9098

Asimismo, como afirma DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO¹⁵³, el artículo 1324 del Código Civil habla de bienes propios, no de bienes privativos, y éstos existen, tanto en el régimen de sociedad de gananciales, como en el régimen de separación de bienes, incluso en el de participación.

No obstante, es innegable que la verdadera aplicación e interés del artículo 1324 del Código Civil, será su habilidad para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil¹⁵⁴

2.- Eficacia de la confesión de privatividad.

2.1. Eficacia entre los cónyuges.

Podemos afirmar, con carácter general, que la eficacia de la confesión entre cónyuges es la de ser prueba “*bastante*” para destruir las presunciones legales. Como señala la STS de 18 de julio de 1994¹⁵⁵ la confesión de privatividad es una prueba más, sin más categoría o fuerza que el resto de pruebas que configuran el armazón probatorio que pueda articularse. De esta forma no tiene carácter prevalente y debe ser apreciada conjuntamente con el resto de pruebas.

En la misma línea se sitúa MONTERO AROCA, que admite la posibilidad de que pueda intentarse prueba en contrario, incluso entre cónyuges, aunque reconoce su dificultad.¹⁵⁶

¹⁵³ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, “La confesión sobre el carácter de los bienes realizada entre cónyuges”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº734, pag.3199

¹⁵⁴ vid. STS 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4906)

¹⁵⁵ RJ 1994/6447

¹⁵⁶ vid, op, cit, MONTERO AROCA, “Disolución y Liquidación ...”, pag 297

De esta forma, la siguiente afirmación que podemos establecer es que la confesión de privatividad actuaría como un medio de prueba de un negocio jurídico y no un negocio jurídico en sí mismo.

Para SANCHEZ HERNANDEZ¹⁵⁷ es necesario determinar cuándo estamos ante un negocio jurídico translativo, cuando ante un negocio de fijación-que trata de dotar de certidumbre a una situación jurídica previa carente de ella- y cuando estamos ante una auténtica prueba de confesión-judicial o extrajudicial-, con un valor meramente probatorio.

A mi juicio, y al amparo de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es innegable que el Alto Tribunal considera a la confesión de privatividad como un medio de prueba suficiente entre cónyuges e insuficiente en relación a los herederos forzosos y acreedores. Entre los cónyuges, aún siendo la confesión de privatividad suficiente y hábil por sí sola para destruir las presunciones de comunidad vigentes, puede ser desvirtuada por otras pruebas del carácter ganancial o privativo del confesante. Por su parte, en relación a los herederos forzosos y acreedores no es suficiente la confesión, debiendo ser acreditado por otros medios de prueba la privatividad del cónyuge del confesante.

Continuando con la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal la Sentencia del TS de 26 de septiembre de 1996¹⁵⁸, afirma que no puede entenderse el precepto como una novedad en perjuicio de los derechos adquiridos con la legislación anterior, sino que se trata de un instrumento probatorio que sirve para valorar la pertenencia de determinados bienes existentes en el matrimonio.

¹⁵⁷ SANCHEZ HERNANDEZ, *“Los negocios jurídicos de Fijación”*, Titant Lo Balnch, Valencia, 2004, pags. 140 y 141

¹⁵⁸ RJ 1996/6657

En la misma línea la Sentencia del TS de 25 de septiembre de 2001¹⁵⁹ señala que el artículo 1324 del Código Civil, contempla una prueba lícita, que se presenta perjudicial a los intereses económicos del que la presta, aunque a mi juicio no siempre es así cuando lo que se pretende es un fraude a los derechos de los acreedores del propio cónyuge confesante.

Para DIEZ SOTO, sin perjuicio de que se trata de una norma de carácter probatorio, debe entenderse en un sentido más amplio que el puramente procesal ya que no sólo tiene una eficacia en el ámbito judicial sino extrajudicial, afectando a la administración y disposición¹⁶⁰ de los bienes, régimen de responsabilidad y ámbito registral¹⁶¹

La misma consideración de la confesión de privatividad como prueba bastante es aseverada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en la Resolución de 13 de febrero de 1999¹⁶² establece que la confesión de privatividad, en nuestro ordenamiento jurídico, no es una declaración de voluntad que determina *erga omnes* el carácter privativo de un bien, sino que es configurada como medio de prueba entre los cónyuges y que carece de virtualidad para desvirtuar, por sí sola, y sin más medios de prueba, la presunción de ganancialidad prevista en el artículo 1361 del Código Civil.

Pese a la identificación de la confesión de privatividad como un medio de prueba hábil en sí mismo para destruir las presunciones legales de comunidad, en alguna ocasión el Tribunal Supremo le ha dado eficacia traslativa, como en la Sentencia del TS de 18 de mayo de 1992¹⁶³, ya citada, en la que reconociendo que una vivienda tenía claro carácter ganancial, debe atenderse

¹⁵⁹ RJ 2001/8152

¹⁶⁰ Resolución DGRN 2 de octubre de 1984 (RJ 1984/5184)

¹⁶¹ DIEZ SOTO, "*Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*". Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

¹⁶² RJ 1999/628

¹⁶³ RJ 1992/4906

a los actos posteriores de los cónyuges-confesión de privatividad- que modificaron tal carácter.

El principal problema de tal tesis viene configurado por el título por el cual se produce la transmisión que el Alto Tribunal lo identifica en la cesión del derecho. Coincido con AVILA ALVAREZ¹⁶⁴, en que la propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y la confesión de privatividad, no es un contrato.

Para otros autores, la confesión de privatividad se configura como un negocio de fijación de la verdadera naturaleza del bien, cuando existe incertidumbre sobre su pertenencia a una u otra masa patrimonial¹⁶⁵; no obstante esta afirmación difícilmente se coherencia con la posibilidad de prueba en contrario que, como hemos visto, proclama el Tribunal Supremo.

De esta forma, pese a lo mantenido por la Sentencia del TS de 1992¹⁶⁶, considero que con posterioridad el Tribunal Supremo ha mantenido la tesis de la prueba suficiente, superando, por tanto, la anterior doctrina traslativa contenida en las sentencias de 18 de julio de 1994 y 25 de septiembre de 2001, ya citadas.

En resumen, y tras analizar las diferentes opciones propuestas entiendo que, respecto de los cónyuges la confesión de privatividad se configura como un medio de prueba especialmente hábil para acreditar que la adquisición del

¹⁶⁴ AVILA ALVAREZ, "El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº587, nov-dic- 1981, pag. 1384

¹⁶⁵ vid,op, cit, SANCHEZ HERNANDEZ, " Los negocios jurídicos....." pag. 143 y 144

¹⁶⁶ Ya con anterioridad el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de febrero de 1990 (RJ 1990/705) señalaba, sobre la prueba de confesión que "ha dicho la Sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1981, la confesión extrajudicial «aparece conceptuada meramente como un hecho y el dejarlo sujeto a la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas sobre la prueba, tanto quiere decir que ha de ser probado mediante el empleo para ello de otro u otros de los demás medios probatorios admitidos, siendo por todo ello la del caso un documento con el contenido que ofrece y carente de sustantividad propia como prueba de confesión, sin otro valor probatorio que el de la prueba documental privada, con cuya verdad de la naturaleza debe ser ponderado en este trámite casacional"

bien se realizó por el patrimonio privativo de cónyuge del confesante. En definitiva destruye el juego de las presunciones de los artículos 1361 y 1441 del Código Civil, creando otra presunción de privatividad que puede ser destruida, a su vez por una prueba fehaciente y suficiente de la ganancialidad o privatividad del cónyuge confesante.¹⁶⁷

La confesión de privatividad se configura así como una norma de contenido claramente procesal que atribuye un efecto relevante al reconocimiento que el cónyuge confesante haga en relación con el carácter privativo de un bien matrimonial, efecto mucho más amplio que el de una norma posterior, como es la contenida en el artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000¹⁶⁸.

En definitiva, el efecto de la confesión de privatividad entre los cónyuges aparece resumido en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2004¹⁶⁹ cuando el Alto Tribunal manifiesta que se trata, de una “fuerte” presunción legal, que se establece por encima de la regla común del *onus probandi* y que evita tener que acudir a la prueba corriente de las presunciones, si bien no con el carácter de presunción *iuris et de iure*, sino que cabe prueba en contrario¹⁷⁰; es decir invierte las presunciones del artículo 1361 y 1441 del Código Civil, estableciendo una “presunción de privatividad” que para ser destruida necesita una “fuerte” prueba en contrario.

¹⁶⁷ En la misma línea Sentencia de la AP de Málaga de 11 de enero de 2006 (RJ 2006/150369) y 27 de febrero de 2007 (RJ 2007/174311)

¹⁶⁸ SERRANO ALONSO, “La División Judicial de Patrimonios. Aspectos sustantivos y Procesales”, Obra colectiva, Cuadernos de Derecho Judicial I. 2004, Consejo General del Poder Judicial, pag 253-254

¹⁶⁹ RJ 2004\5993

¹⁷⁰ vid. Resolución DGRN de 13 de febrero de 1999 (RJ 1999/628) y 25 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7153); Sentencia de la AP de Granada, Sección 3ª, nº1038/2002, rec, 686/2002, de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003/78621).

Sobre esta cuestión me resulta especialmente esclarecedor el comentario que de dicha sentencia realiza SABORIDO SÁNCHEZ¹⁷¹. Señala dicha autora que estamos en presencia de dos pruebas: de un lado tenemos la confesión como prueba tasada o legal, similar a la establecida en el artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, si se dan sus requisitos,¹⁷² cuya valoración la establece la ley-la privatividad del bien- y de otro lado la prueba libre que va dirigida demostrar la falsedad de tal declaración, dejando el legislador en este tipo de prueba que el juez se forme su propia convicción, en contraposición con las normas legales de valoración.

Pero, esta contraposición no significa que la prueba tasada o legal excluya a la prueba libre, sino que para el éxito procesal de ésta última, sería necesaria *“una deducción racional a través de unos datos fijados con certeza, mediante unas reglas de valoración como son las <<máximas de la experiencia”*.

2.2. Eficacia respecto de los herederos forzosos del confesante y respecto de los acreedores de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.

2.2. A.- La eficacia respecto a los herederos forzosos.

En cuanto a la eficacia de la confesión de privatividad, respecto de los herederos forzosos del confesante, podemos encontrar dos corrientes doctrinales¹⁷³:

¹⁷¹ SABORIDO SANCHEZ, *“La confesión de privatividad y presunción de ganancialidad. Su relación con la simulación contractual”*, Revista de Derecho Patrimonial, editorial Aranzadi, nº15, 2005, pags.269-276

¹⁷² Ésta última afirmación es propia.

¹⁷³ vid, op, cit, RODRÍGUEZ PALMERO, P., *“El artículo 1324 del Código Civil: dudas y reflexiones”*, pag 14

La primera de las corrientes viene constituida por aquellos autores que mantienen la teoría de la ineficacia. Para esta corriente doctrinal los legitimarios pueden ignorar la confesión de privatividad, de forma que éstos pueden actuar como si no hubiese existido tal confesión. Así, los legitimarios deben consentir la enajenación del bien confesado y, además tienen derecho a dirigirse contra la mitad de los bienes confesados aunque existan otros bienes con los que recibir sus legítimas.

Para los autores que defienden esta tesis la expresión “*no perjudicará*”, se refiere a total ineficacia respecto de los legitimarios y acreedores¹⁷⁴, pudiendo éstos desconocerla y apoyarse en las presunciones del artículo 1361 y 1441 del Código Civil. La razón fundamental para apoyar esta tesis es según DIEZ PICAZO Y GULLÓN¹⁷⁵, que, en cualquier caso, los herederos forzosos se verían perjudicados por la confesión, porque tendrían que litigar para evitar el daño que les produce.

Sobre las consecuencias prácticas de la teoría de la ineficacia ALCAÍN MARTINEZ¹⁷⁶; señala que para el cómputo de la legítima los legitimarios cuentan con la mitad del valor de los bienes sobre los que recayó la confesión; que los legitimarios deben prestar su consentimiento para enajenarlos antes de la liquidación de la sociedad conyugal y que los legitimarios tienen derecho a satisfacer con esa mitad su legítima, aunque existan otros bienes

La segunda de las corrientes doctrinales viene configurada por aquellos que defienden la teoría de la eficacia no perjudicial.

¹⁷⁴ vid,op, cit, LACRUZ BERDEJO, “*Elementos de Derecho Civil*”, pag 262

¹⁷⁵ vid, op, cit, DIEZ PICAZO L. y GULLÓN A., “*Sistema de Derecho Civil, Volumen IV....*” pag. 158

¹⁷⁶ vid, op, cit, ALCAÍN MARTINEZ, “*Eficacia de la confesión.....*” pag 68

Ésta opción, que es mantenida por algunos autores¹⁷⁷, supone interpretar el artículo 1324 del Código Civil, en el sentido de que la confesión de privatividad es válida y eficaz, aunque los legitimarios pueden ejercitar las acciones ya previstas en el ordenamiento jurídico, especialmente la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad, si aquella les perjudica.

De esta forma podrían presentarse, según esta tesis, dos supuestos, según que la confesión de haya realizado *intervivos* o *mortis causa*: si es *intervivos* la acción a ejercitar sería la de reducción de donaciones y, si la confesión fuese *mortis causa*, la acción a ejercitar sería la reducción de legados.

Los efectos, según se trate de confesión *intervivos* o *mortis causa*, son distintos. Tratándose de confesión *inter vivos* el testador puede haber hecho en vida donaciones que impidan al legitimario-heredero forzoso- recibir su legítima o haber ordenado legados que, junto con las donaciones *inter vivos* o por sí solos, agoten la parte de libre disposición de su herencia.

Para ello prevé el artículo 636 del Código Civil que una persona no pueda dar por donación más de lo que pueda dar por testamento. Para comprobar si se infringe este derecho es necesario que, a la muerte del causante, se determine cual es la parte de libre disposición de la herencia, de forma que sea posible determinar si la donación que el causante hizo en vida infringe o no el citado artículo.

De esta forma la manera de proceder impone que, conforme al artículo 818 del Código Civil se sume el *relictum* más el *donatum*, a fin de comprobar si lo donado excede o no del límite del artículo 636 del Código Civil.

¹⁷⁷ GADIVIA SÁNCHEZ, “La confesión de privatividad de los bienes de la sociedad conyugal. Análisis crítico del precepto contenido en el artículo 1324 CC”, Madrid, 1987 y MARTINEZ-CALCERRADA y GOMEZ, “Comentarios del Código Civil (art. 1315-1324)”, coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, t.7, Editorial Bosch, Barcelona, 2.000, pag 5 ss

Pues bien para los defensores de esta tesis, en el *donatum*, habría que incluir los bienes que, en vida del causante se han considerado privativos de su cónyuge por confesión de aquel.

Tratándose de confesión *mortis causa*, parece que lo procedente sería tratarla como un legado, procediendo la acción de reducción prevista en el artículo 817 del Código Civil.

Para ALCAÍN MARTÍNEZ¹⁷⁸ los efectos prácticos de la tesis de la eficacia no perjudicial conducirían a que antes de la liquidación el cónyuge viudo o sus herederos pueden enajenar por sí solos tales bienes sin la necesidad de contar con el consentimiento de los legitimarios del confesante.

Los legitimarios deben respetar los actos del causante, mientras no les perjudique realmente. Se considerarán, asimismo, desvirtuadas las presunciones de comunidad respecto a la gestión de los bienes confesados.

Asimismo, al liquidar la sociedad conyugal se debe pagar en primer lugar a los acreedores del confesante; después se determinará el caudal hereditario y se procederá al cómputo de las legítimas según los artículos 818 y 819 del Código Civil. Si en el caudal hereditario hubiera bienes suficientes para pagar las legítimas se hará con bienes distintos de los confesados; pero, si no hubiese suficientes, habría, en primer lugar que reducir los legados de conformidad con los artículos 817 y 820 del Código Civil; reducir las donaciones al amparo de los artículos 654 y 656 del Código Civil y, sólo después de estas operaciones, sin haber podido satisfacer su legítima los legitimarios podrán impugnar la confesión.

Analizando los efectos de la tesis de la eficacia no perjudicial considero que esta tesis parte de un error; la afirmación de que la confesión de

¹⁷⁸ vid,op, cit, ALCAÍN MARTINEZ, “Eficacia de la confesión.....”, pag 68

privatividad es un negocio traslativo de dominio. Como hemos sostenido anteriormente, la confesión de privatividad no es un negocio traslativo y, por ello no se la puede tratar como tal.

De esta forma, mediante la confesión no se produce transmisión patrimonial alguna, como si ocurre con una donación o un legado, que transmiten la propiedad del bien. Por ello, no es acertado acudir a las acciones de reducción de legados y donaciones porque no puede presumirse que el cónyuge confesante realiza una donación ni un legado.

La solución al problema es mucho más sencilla, a mi juicio, de forma que los legitimarios deben actuar apoyándose en las presunciones establecidas en los artículos 1361 y 1441 del Código Civil. Así, los efectos de dichas presunciones determinarán que se compute el bien en el cálculo del artículo 818 del Código Civil, pero no como *donatum*, sino como *relictum*, por aplicación de las presunciones legales referidas.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 13 de junio de 2003¹⁷⁹, ante un caso de adjudicación de herencia de un bien inscrito por confesión afirma que para destruir la presunción de ganancialidad, una vez disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento del confesante, es necesaria la intervención de los legitimarios que deben aceptar que el bien se excluya del inventario, de forma que sólo si ratifican el carácter el bien o derecho se excluiría del inventario¹⁸⁰.

Con esta afirmación la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma que los legitimarios no deben pleitear, sino, si consideran que el bien no es privativo pueden, sencillamente, no ratificar tal carácter aplicándose, sin más la presunción de ganancialidad.

¹⁷⁹ RJ 2003\4325

¹⁸⁰ vid. Resolución DGRN de 5 de marzo de 1999 (1999/1376)

Como he expuesto anteriormente, vistos los efectos de una u otra opción me ratifico en mi defensa de la teoría de la ineficacia.

2.2.B.- La eficacia respecto a los acreedores.

Según BARCELÓ DOMENECH, la más importante proyección de la norma contenida en el artículo 1324 del Código Civil es respecto a los acreedores. De esta forma dicho autor se refiere a la posibilidad de fraude a los acreedores que podría producirse por la confesión de que un determinado bien no pertenece al cónyuge deudor sino a su consorte¹⁸¹

La primera cuestión a plantearse es, a qué acreedores se refiere. Parece lógico pensar que únicamente se refiere a los del confesante porque a los del no confesante les beneficia.¹⁸²

En segundo lugar, el precepto se refiere a los “*acreedores de la comunidad*”. Sobre este particular es obligado precisar que la comunidad se debe referir, bien a la sociedad de gananciales, si el matrimonio se rige por este régimen económico matrimonial; o bien a la comunidad romana formada por dos cónyuges, si es éste el régimen económico matrimonial de los cónyuges.

El obstáculo que encontramos es que ninguna de la anteriores “comunidades” tiene personalidad jurídica a los efectos de considerarlas *stricto sensu*, deudoras como tales sino que los deudores son sus miembros.

¹⁸¹ BARCELO DOMENECH, “*El Régimen Económico del Matrimonio (Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*”, coordinadores, RAMS ALBESA, Y MORENO MARTINEZ, Dykinson, 2005, pag. 98

¹⁸² vid,op, cit, DIEZ- PICAZO . y GULLÓN BALLESTEROS, “Sistema de Derecho Civil.....”, pag. 158

Así, refiriéndonos al régimen de sociedad de gananciales, no existen deudas de la sociedad, sino deudas contraídas por los cónyuges de las que responderá la sociedad de gananciales o bien deudas que son a cargo de los bienes gananciales,¹⁸³ tal y como se establece en los artículos 1362, 1365, y 1369 del Código Civil. De esta forma, como acreedores de la comunidad debemos entender aquellos que ostenten deudas que sean de cargo o de responsabilidad de los bienes gananciales.

Por otra parte, al igual que manifesté acerca de los legitimarios, entiendo que por la expresión “*no perjudicará*”, el precepto debe interpretarse como si la confesión no se hubiese realizado. Los acreedores conservarían la posibilidad de dirigirse contra los bienes objeto de la confesión como si nunca hubieran dejado de ser gananciales o comunes a ambos cónyuges, en el régimen de separación de bienes, ya que, en defecto de eficacia de la confesión se aplicarían las presunciones legales previstas en los artículos 1361 y 1441 del Código Civil; todo ello, claro está salvo prueba en contrario.

Considero que la misma idea gira en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de marzo de 1999¹⁸⁴, que sostiene la limitada eficacia de la confesión de privatividad, de forma que ésta, sólo operaría entre los cónyuges. De esta forma ni los herederos forzosos ni los acreedores del confesante se verían perjudicados por tal confesión, respecto de los cuales la misma no sería suficiente para desvirtuar la presunción de ganancialidad.

Así, tanto los herederos forzosos como los acreedores podrían actuar como si dichos bienes fuese gananciales, en cualquier caso.

¹⁸³ O'CALLAGAN MUÑOZ, “*Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia*”, Editorial Revista de Derecho Privado, 1996, pags 162-165

¹⁸⁴ RJ 1999/1376

Otra de las cuestiones que surgen de la lectura del precepto recogido en el artículo 1324 del Código Civil es a qué acreedores se refiere, si a los anteriores a la confesión, o por el contrario a los posteriores a ésta.

A mi juicio al referirnos a los acreedores debemos entender que son los anteriores a la confesión por dos razones fundamentalmente¹⁸⁵. La primera de ellas es que si el artículo 1317 del Código Civil permite la modificación de régimen económico matrimonial, y limita la protección de los acreedores anteriores a dicha modificación, la protección de los acreedores en la confesión de privatividad no puede ser más amplia.

La segunda de ellas es que si se trata de una confesión sobre bienes inmuebles constará en el Registro de la Propiedad de forma que quién adquiera derechos con posterioridad le será oponible la publicidad registral.

Por su parte, entiendo que, al igual que con los herederos forzosos los acreedores podrán dirigirse contra los bienes como si fueran gananciales, sin necesidad de acreditar fraude, ni de demostrar que se tiene otro bien con el que cobrar el crédito como exigiría el ejercicio de la Acción Pauliana¹⁸⁶, ya que son ellos los que deciden sobre qué bienes dirigirse sin tener limitación alguna, de forma que la confesión, frente a ellos y, a salvo de otro medio de prueba, es completamente ineficaz.¹⁸⁷

¹⁸⁵ vid, op, cit., RODRÍGUEZ PALMERO, *“El artículo 1324 del Código Civil: dudas y reflexiones”*, pag 16

¹⁸⁶ En contra vid,op, cit, RIBERA PONS, *“Breves Reflexiones sobre....”* pag 760 y BLANQUER UBEROS, *“La presunción de ganancialidad. La confesión de privatividad. La fijación negocial de privatividad”*, *“Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez- Picazo”*, Tomo III, Editorial Chivitas, Madrid, 2003, pag 4.487

¹⁸⁷ Sentencia de la AP de Valladolid, Sección 3ª, nº35/2001, rec. 478/2000, de 31 de enero de 2001(RJ 2001/116000), que mantiene la necesidad de que existan otros medios de prueba para poder acreditar frente a los acreedores un bien es privativo; no basta la confesión.

No obstante, mi opinión no es compartida por otros autores como BLANQUER UBEROS¹⁸⁸ que afirma que identificar perjuicio e ineficacia es simplista y que el artículo 1324 del Código Civil implica que el acreedor sólo podrá dirigirse contra los bienes objeto de la confesión subsidiariamente, cuando no pueda realizar su crédito con otros bienes.

Analizando la aplicación de la Acción Pauliana en estos casos, el artículo 1.111 del Código Civil, señala que los acreedores pueden impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho. De la misma forma los artículos 1290 y 1291 del Código Civil establecen que un acreedor puede rescindir un contrato cuando sea celebrado en fraude de acreedores, siempre que éstos no puedan de otro modo cobrar sus créditos.

A mi juicio, y sobre la base de estos preceptos, la tesis tiene tres importantes puntos débiles. El primero es que la Acción Pauliana exige que el deudor actúe con intención de defraudar a sus acreedores. Pues bien, el artículo 1324 del Código Civil no exige la concurrencia de tal intención fraudulenta de forma que el acreedor puede desconocer la confesión sin necesidad de acreditar mala fe alguna por parte del deudor. Exigir la acreditación del fraude limita enormemente las posibilidades del acreedor.

No es aplicable a mi juicio el artículo 1297 del Código Civil que establece la presunción de fraude en los contratos en virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito, ya que, como tal, la confesión de privatividad no es un negocio traslativo de dominio.

En segundo lugar, la Acción Pauliana es una acción subsidiaria, de forma que el acreedor sólo puede acudir a ella cuando el deudor no tiene otros bienes para cobrarse. Pues bien, el artículo 1324 del Código Civil no exige esta

¹⁸⁸ vid, op, cit, BLANQUER UBEROS, *“La presunción de ganancialidad. La confesión de privatividad.....”*, Pag. 4497

subsidiariedad, ya que el acreedor podrá elegir sobre qué bienes cobra sus deudas, ignorando la confesión, de forma que los bienes objeto de la misma no habrán dejado nunca de pertenecer al patrimonio común de los cónyuges, salvo prueba en contrario.

Por último, en tercer lugar, de aceptarse que el artículo 1324 del Código Civil se refiere a la Acción Pauliana, el inciso final de dicho artículo relativo a que la confesión no perjudicará a los acreedores, sería inútil ya que los acreedores disponen de los preceptos correspondientes a la rescisión por fraude sin tener que acudir al 1324 del Código Civil.

En conclusión considero que lo que establece el artículo 1324 del Código Civil es una ineficacia de la confesión frente a acreedores que pueden actuar como si la misma no se hubiera realizado.

3.- Clases de confesión de privatividad.

3.1. La confesión de privatividad en cuanto a su forma.

3.1. A. La Confesión extrajudicial.

Para JIMENEZ CONDE¹⁸⁹ la confesión extrajudicial es la declaración de conocimiento verificada por el litigante fuera y antes de iniciarse el proceso, admitiendo ser cierto un hecho jurídicamente desfavorable, declaración que es hecha valer luego en el proceso con objeto de ser prueba bastante del hecho en ella reconocido.

¹⁸⁹ JIMENEZ CONDE, *“La nueva prueba del interrogatorio de las partes en el proceso civil”*. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2006, pag 26

Sobre la confesión extrajudicial ha tenido ocasión de pronunciarse el TS en su Sentencia de 22 de febrero de 2000¹⁹⁰ afirmando que la confesión extrajudicial no es superior a las demás probanzas y no las puede menoscabar, debiendo ser valorada como un elemento de prueba más. No obstante lo anterior, entiendo que la confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil tiene un plus de importancia ya que, por si sola puede destruir las presunciones de los artículo 1361 y 1441 del Código civil, entre los cónyuges.¹⁹¹

Por su parte esta declaración tiene valor como prueba tanto respecto a las emitidas con posterioridad a la reforma de 13 de mayo de 1981, como respecto de las emitidas con anterioridad¹⁹² según afirma la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 1984¹⁹³

3.1.A.a. Entrevivos.

En principio la confesión de privatividad extrajudicial intervivos podrá tener cualquier forma, si bien, será conveniente la escritura pública por sus evidentes peculiaridades probatorias que se recogen en el artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

Al margen de la escritura pública existen otras formas en que puede aparecer la confesión de privatividad extrajudicial. Destaca la confesión de privatividad que se ha realizado en el propio Convenio Regulador,¹⁹⁴ que

¹⁹⁰ TS, Sala 1ª, en Sentencia, num. 166/2000, de 22 de febrero de 2000 (RJ 2000/1339)

¹⁹¹ ALEJANDREZ PEÑA, *“Liquidación de Bienes Gananciales: Aspectos Prácticos, Procesales y Sustantivos”*, Lex Nova, 2006, pag. 225

¹⁹² ILLAN FERNANDEZ, *“El renacimiento de la prueba extrajudicial confesoria y la declaración contra se en los documentos electrónicos”*, AC, Aranzadi, num. 766/2008, Pamplona, 2008.

¹⁹³ RJ 1984/ 5184

¹⁹⁴ Resolución de la DGRN de 27 de junio de 2005 (RJ 2005\5399)

ostenta una especial eficacia habida cuenta de que los cónyuges al separarse o divorciarse y, para redactar el Convenio Regulador, normalmente se encuentran asesorados por letrado, lo que da a dicha confesión un especial carácter probatorio tal y como se afirma en la Sentencia de la AP de Málaga, Sección 6B, rec. 1095/2006, de 27 de febrero de 2007¹⁹⁵.

3.1.A.b Mortis Causa.

A diferencia de la confesión de privatividad *inter vivos*, la confesión de privatividad *mortis causa*, deberá cumplir los requisitos formales del testamento.

Sobre esta cuestión podemos diferenciar, por su forma, entre testamento común o especial, y dentro de los primeros el testamento ológrafo, el testamento abierto y el testamento cerrado.

Será especiales el testamento militar, el marítimo y el hecho en país extranjero cuya regulación se recoge en los artículos 676 y 677 del Código Civil.

La virtualidad práctica de la confesión realizada *mortis causa* es que, al tener efecto una vez fallecido el confesante, se aplicaría directamente el inciso final del número 4 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario de forma que los herederos forzosos podrán obviar tal confesión, actuando como si no se hubiera realizado y teniendo en cuenta el valor, o su parte correspondiente, de los bienes confesados para calcular sus correspondientes legítimas, y, además, el cónyuge favorecido por la confesión no podrá realizar actos de disposición de tales bienes hasta que tal confesión no quede ratificada por los herederos forzosos.

¹⁹⁵ RJ 2007\174311

Por otra parte, debemos apuntar la aplicación a estos supuestos del artículo 1082 y 1083 del Código Civil. De esta forma, los acreedores del causante reconocidos como tales, *“podrán oponerse a la partición de la herencia hasta que se le paguen o afiancen sus créditos.”*

Se trataría en este caso de los acreedores del cónyuge confesante, a los que por aplicación del artículo 1324 del Código Civil no les perjudicaría la confesión, de forma que podrían oponerse a la partición por este motivo hasta que no se les afianzaren o se les pagaren sus créditos.

Los acreedores reconocidos son los reconocidos por los propios herederos, los que tengan un crédito que conste en documento que haga prueba plena y los que prueben en juicio sus créditos ¹⁹⁶

De la misma forma los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.

Se trata en este caso de la intervención en la propia partición; DIEZ-PICAZO, extiende a los propios acreedores hereditarios la posibilidad de intervenir en la partición.

En definitiva, tanto los acreedores del causante, como los acreedores del cónyuge beneficiario de la confesión, que normalmente será también heredero, podrán intervenir en la partición, haciendo efectivo así su derecho a desconocer o no tener en cuenta la propia confesión de privatividad realizada por el causante en su testamento.

3.1.B. La confesión judicial.

¹⁹⁶ vid, op, cit, DIEZ PICAZO y GULLÓN. *“Sistema de Derecho Civil...”*, pag. 579

Como confesión judicial entendemos aquella que se formula conforme los artículos 301 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

Es de extraordinaria importancia la confesión en juicio, habida cuenta de que el artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo considera prueba legal; es decir, la confesión de privatividad, cuando perjudica al que la realiza deberá ser tenida por cierta si bien, deben darse, a mi juicio, dos requisitos para que alcance éste significado.

El primero de ellos es que el cónyuge confesante debe manifestar hechos, es decir, no cabe que afirme, sin más, que el bien es privativo de otro cónyuge, sino que debe manifestar el porqué lo es; se trata en definitiva de una confesión casualizada (ejem. Puede el cónyuge manifestar que el dinero invertido es de una herencia, o una indemnización de un accidente de tráfico por daños personales, etc...). Éste es el sentido de la expresión “*intervino personalmente*”; bien de forma directa o indirecta.

El segundo de los requisitos es que los hechos de los que se deriva el carácter privativo no deben ser contradichos por el resto de pruebas que se practiquen, ya que, si así fuera, su carácter probatorio quedaría eclipsado o contradicho por otras pruebas que apuntaran a lo contrario.

En esta misma línea se pronuncia parte de la doctrina¹⁹⁷ que señala como requisitos de la confesión de privatividad que se trate de una declaración de conocimiento del confesante sobre hechos personales; que sobre el bien que se reconoce privativo del otro cónyuge exista incertidumbre acerca de la naturaleza de forma que no opera este efecto si el bien tiene una naturaleza, ganancial o privativa claramente definida y, por último que la confesión puede referirse al título de adquisición, al precio o contraprestación y de manera

¹⁹⁷ vid, op, cit, SERRANO ALONSO, “*La División Judicial de Patrimonios....*”, pag 252

especial es preciso que la confesión se realice durante la vigencia del matrimonio- y por tanto del régimen económico de gananciales-, por lo que la confesión realizada por cualquiera de los que fueron cónyuges una vez disuelto el matrimonio tendrá los efectos propios que le otorga el artículo 316.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, un efecto limitado ya que dispone que tendrá eficacia probatoria si no lo contradice el resultado de las demás pruebas.

Pese a que la confesión judicial, tanto antes como después de la disolución, es una prueba bastante, en cualquier caso el juzgador puede desconocerla como consecuencia de otras pruebas que demuestren de forma indubitada la pertenencia del bien a la sociedad de gananciales o al cónyuge confesante, ya que, el ámbito objetivo de la confesión debe ser un bien cuya pertenencia a un patrimonio sea dudosa.

A pesar de lo dicho, SERRANO ALONSO¹⁹⁸, se plantea la relación entre los artículos 1324 del Código civil y 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y la posible derogación del precepto del Código Civil por ser el artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000 norma posterior. Según este autor cabrían dos opciones.

La primera opción es entender que el artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento civil por ser norma posterior y configurarse como parte de un nuevo sistema probatorio conforme al cual desaparecen los artículos 1214, 1215 y 1231 a 1253 del Código Civil, es de aplicación preferente y habría que concluir que el artículo 1324 del Código Civil estaría tácitamente derogado y que la confesión de uno de los cónyuges no es más que una prueba más que, por sí sola, no atribuye la condición de privativo a un bien.

¹⁹⁸ vid,op, cit, SERRANO ALONSO, “*La División Judicial de Patrimonios.....*”, pag 254

La segunda opción sería entender que es posible mantener la particularidad del contenido del artículo 1324 del Código Civil con carácter especial y que el legislador al establecer un nuevo sistema normativo en la Ley de Enjuiciamiento Civil quiso mantener ésta peculiaridad, ya que si no hubiese sido así la Disposición Derogatoria Única nº2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, la habría incluido entre sus preceptos derogados.

En mi opinión, el artículo 1324 del Código Civil está plenamente vigente pero hay que interpretarlo conforme la doctrina del Tribunal Supremo que señala que se trata de una prueba bastante, pero susceptible de prueba en contrario. No creo que esta interpretación sea contraria al contenido del artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, ya que si la confesión se hace en juicio-única situación en la que es aplicable el artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000- el juzgador y las partes podrán indagar en la propia confesión pudiendo ésta, como consecuencia de las contradicciones del cónyuge confesante perder el valor probatorio que le otorga el artículo 1324 del Código Civil, e incluso probar lo contrario.

3.2. La confesión de privatividad en cuanto a su contenido.

Junto a su forma, podemos clasificar la confesión de privatividad en cuanto a su contenido. Como señala BLANQUER UBEROS¹⁹⁹, la confesión de privatividad puede ser simple o compleja; será simple cuando el cónyuge se limita a reconocer la privatividad del bien del otro cónyuge y será compleja cuando se realiza un reconocimiento justificado o argumentado.

La confesión compleja tiene una especial fuerza probatoria cuando se realiza en juicio ya que es sometida a contradicción y, si tras el filtro de la

¹⁹⁹ vid, op, cit, BLANQUER UBEROS, “*La presunción de ganancialidad.....*” pags 4.446-4515

contradicción es capaz de formar la convicción del juez, se configura como una prueba bastante dotada de una evidente fuerza.

4.- El momento de la confesión de privatividad.

Para algún autor la confesión de privatividad debe realizarse, bien constante el matrimonio, bien una vez disuelto, antes de la liquidación de la sociedad conyugal²⁰⁰

No obstante, otros autores como RIVERA PONT²⁰¹, mantienen que la confesión debe tener lugar en el momento de la adquisición del bien, ya que si se hiciera con posterioridad, la confesión operaría-contrariamente a su naturaleza- como un título traslativo de dominio. Asimismo, señala esta autora que si se admitiera la confesión con posterioridad al momento de la adquisición se trataría de un medio de eludir la tributación de los contratos celebrados entre cónyuges admitidos legalmente por el artículo 1323 del Código Civil.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 27 de junio de 2003²⁰² admite la posibilidad de reflejar la confesión de privatividad cuando se hiciese con posterioridad a la inscripción de la adquisición.

5.- Ámbito objetivo de la confesión de privatividad.

La confesión de privatividad debe recaer sobre bienes acerca de los que exista incertidumbre sobre la masa patrimonial a la que pertenecen ya que, si

²⁰⁰ vid, op, cit, GADIVIA SÁNCHEZ, "La confesión de privatividad de los bienes.....", pag

²⁰¹ RIBERA PONT, "*Breves reflexiones sobre el reformado artículo 1324 CC*", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, num. 550.- Mayo-junio 1982

²⁰² RJ 2003\6080

existe certeza sobre éste extremo, no sería suficiente la confesión para probar lo contrario²⁰³

Éste es el sentir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2001²⁰⁴, que señala que sólo los bienes que se encuentran en una situación presuntivamente común pueden ser objeto de la confesión.²⁰⁵

6.- Ámbito subjetivo de la confesión de privatividad.

En cuanto a la persona que debe emitir la declaración de voluntad confesante considero que debe ser uno de los cónyuges. De esta forma estoy con RIVERA FERNANDEZ²⁰⁶, en que no necesariamente debe ser el cónyuge que le perjudique, ya que en los casos de fraude de acreedores al confesante le beneficia que el bien se tenga como privativo de su cónyuge para mantenerlo fuera del alcance de aquellos.

Respecto al carácter personalísimo de la confesión de privatividad DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO²⁰⁷, afirma que no tiene carácter personalísimo por lo que, fallecido un cónyuge, la posibilidad de confesar se transmite a los herederos, como se ha reconocido por las Resoluciones de la Dirección

²⁰³ vid, op, cit, BARCELO DOMENECH, “El Régimen Económico del Matrimonio ..”, pag. 98 y HERRERO GARCÍA, “Comentario del Código Civil, Tomo II”, . RAMS ALBESA, y MORENO MARTINEZ, coordinadores, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, AAVV, Madrid, 1991, pag. 599

²⁰⁴ RJ 2001\1310

²⁰⁵ Señala expresamente la sentencia: “(...) En cuanto a la segunda de aquellas decisiones, la de confesión de privatividad del inmueble litigioso, no puede entenderse válidamente cuestionada por afectar a un bien presuntamente común en principio -sólo los que se encuentran en esa situación presuntiva, como previenen el art. 1361 del Código Civil y el art. 94.1 del Reglamento Hipotecario- , como es aquí el caso, pueden ser objeto de la confesión que como medio probatorio de lo que ya era así en realidad establece el art. 1324 del Código-“.

²⁰⁶ RIVERA FERNANDEZ, “Jurisprudencia civil comentada. Código Civil (arts. 1315-1324)” director PASCUAU LIAÑO Miguel, t. II, Editorial Comares, Granada, 2000, pags. 2343 ss

²⁰⁷ vid.op.cit, DIEZ DE LEZCANO SEVILLANO “La confesión sobre el carácter...”, pag 3201

General de los Registros y del Notariado de 27 de junio y 16 de octubre de 2003.²⁰⁸

7.- Impugnación de la confesión por vicios del consentimiento. La simulación de la confesión.

Continuando en nuestra intención de abarcar todos aquellos aspectos de relevancia e interés respecto al artículo 1324 del Código Civil, no podemos olvidar que la confesión de privatividad no es más que una manifestación de voluntad y, como tal, puede ser impugnada si concurren vicios del consentimiento (error, violencia o intimidación) o bien probando que voluntad fue simulada o falsa.

Este tipo de acciones las podrán ejercitar sujetos distintos de los acreedores anteriores a la confesión y a los legitimarios, ya que, éstos, como hemos defendido anteriormente, no tienen que ejercitar acción alguna, al ser ineficaz la confesión respecto a ellos.

7.1. La confesión realizada con error, dolo, violencia o intimidación del confesante.

La confesión supone, al fin y al cabo, una manifestación de voluntad del confesante, que puede ser prestada por error.

Podemos definir el error²⁰⁹ como *“la falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno, y que opera como presupuesto para la realización del negocio: o no se hubiera querido de haberse conocido exactamente la realidad, o se hubiera querido de otra manera”*; es el error propio o error-vicio.

²⁰⁸ En contra, CUADRADO PÉREZ, Tratado de Derecho de Familia, Vol. III, Navarra 2011, pag. 250

²⁰⁹ vid, op, cit, DIEZ PICAZO, L. y GULLON *“Sistema de Derecho Civil, volumen I”*, pag 486

Para que el error tenga relevancia debe de haberse podido evitar con una diligencia normal; se trata del error excusable al que se refieren entre otras la Sentencia del TS de 14 de febrero de 1994²¹⁰. De la misma forma debe haber sido determinante para emitir la declaración de voluntad, tal y como preceptúa el artículo 1266 del Código Civil.

De esta forma, en lo que respecta a la confesión de privatividad cabrían dos tipos de errores. El primero de ellos, el error de hecho consistente en la creencia errónea que el peculio con el que se adquiere el bien proviene de una fuente privativa de ingresos (una herencia, una indemnización por daños personales, etc...). Recordar que el bien se adquiere constante el matrimonio, razón por la cual se aplican las presunciones de los artículos 1361 y 1441 del Código Civil. Así, cuando uno de los cónyuges confiesa que un bien que se adquiere es privativo responde a la creencia de que el dinero con el que se adquiere es privativo del otro. Es, por tanto el error sobre dicho extremo el que puede determinar que la declaración de voluntad confesoria esté viciada por error.

En segundo lugar el error de derecho consistente en la creencia que un bien, por razones legales es privativo del otro cónyuge. No es un error sobre el origen privativo del dinero, sino un error sobre la norma aplicable para que dicho dinero sea privativo. P. ejem. Imaginemos que uno de los cónyuges gana un dinero en la lotería y el otro cónyuge piensa que dicho dinero es privativo y confiesa, ante notario que dicho bien es privativo de su esposo, en la firme creencia de que los premios de la lotería son privativos; pues bien, el confesante habría incurrido en un error de derecho.

²¹⁰ RJ 1994/1469

En ambos casos la prueba del error incumbe a quién lo alega como se ocupa reiteradamente de recordarnos el Tribunal Supremo entre otras en Sentencias 695/2010²¹¹ y 359/2010²¹².

De la misma forma cabría, al amparo de los artículos 1267 a 1270 del Código Civil, que la declaración de voluntad del confesante estuviera viciada por dolo, violencia o intimidación, si bien es menos habitual.

7.2. La simulación en la confesión de privatividad.

Según la definición clásica de WINDCHEID²¹³ la simulación es *“la declaración de una voluntad no verdadera, que se hace para que nazca la apariencia de un negocio jurídico”*.

La posibilidad de aplicar la simulación a la declaración de voluntad confesoria viene recogida de forma expresa en la Sentencia del TS de 8 de octubre de 2004²¹⁴.

Sobre esta sentencia y según SABORIDO SÁNCHEZ,²¹⁵ la prueba de la simulación, deducida por el juzgador mediante elementos de prueba sobre los que éste puede, mediante las máximas de la experiencia, concluir su concurrencia, se constituye como factible para la destrucción de la confesión.

No obstante lo anterior, la prueba debe ser importante y cumplida, habida cuenta del efecto de la doctrina de los actos propios. El Tribunal

²¹¹ RJ 2010\7587

²¹² RJ 2010\2675

²¹³ vid, op, cit, DIEZ- PICAZO, y GULLON BALLESTEROS “Sistema de Derecho Civil, Volumen I” pag 512

²¹⁴ RJ 2004\5993

²¹⁵ vid,op, cit, SABORIDO SANCHEZ, “La confesión de privatividad y presunción de ganancialidad. Su relación”, pag 273

Supremo se ha ocupado de aclarar en sus sentencias de 16 de septiembre de 2004²¹⁶ y 27 de septiembre de 2005²¹⁷ que la doctrina de los actos propios tiene su razón de ser en la protección de la confianza y la buena fe, que impone al que emite una declaración de voluntad un deber de coherencia y le limita cuando ha creado en un tercero expectativas razonables.

Según ha establecido la doctrina jurisprudencial citada para que los actos propios sean vinculantes, deben causar estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vayan encaminados a crear modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo. Además, el acto debe estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención o situación del que lo realiza, lo que no puede predicarse en los supuestos en los que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia²¹⁸

Así las cosas, si bien cabe prueba en contrario de la confesión, si quién la articula es el propio confesante, por el propio juego de la doctrina de los actos propios, éste, para destruir los efectos de la confesión debe acreditar cumplidamente su error, ignorado conocimiento, violencia, intimidación o simulación.

El propio Tribunal Supremo ha admitido, a *sensu* contrario, la posibilidad de aplicar la simulación a la confesión de privatividad en su Sentencia de 29 de noviembre de 2006²¹⁹, que afirma, como ya hemos sostenido con anterioridad, que la confesión de privatividad no tiene eficacia traslativa. Su única virtualidad es constatar que determinados bienes son exclusivamente de uno de los cónyuges y no pertenecen a la masa ganancial. Por lo que es perfectamente

²¹⁶ RJ 2004\5477

²¹⁷ RJ 2005\6860

²¹⁸ Sentencia AP de Pontevedra, Sección 1ª, nº 381/2003, rec. 171/2003, de 29 de octubre de 2003 (RJ 2006\24228)

²¹⁹ sentencia, Sala 1ª, nº 1216/2006, rec. 553/2000, de 29 de noviembre de 2006 (RJ 2006\10030)

posible aplicar a la confesión las reglas de la simulación, siempre y cuando ésta quede acreditada.

De esta forma, si se acreditan tales requisitos es posible destruir la presunción que supone la confesión de privatividad. Destruída la presunción de privatividad creada mediante la confesión se volvería a la presunción de ganancialidad, que continúa vigente.

Dicho lo anterior, la siguiente cuestión es determinar qué prueba debe articularse para acreditar la simulación. Para la acreditación de la simulación es especialmente útil la prueba de presunciones.

La prueba de presunciones viene regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, artículos 385 y 386, que vienen a sustituir a los derogados artículos 1249 a 1253 del Código civil.²²⁰

Tal y como señala GOMEZ COLOMER²²¹ las presunciones no son un medio de prueba sino un método probatorio, definiéndolas, según MONTERO AROCA, como *“un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado o admitido por las dos partes, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de la norma, atendido el nexo lógico entre los dos hechos”*.

Según el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, el juez podrá, a partir de un hecho admitido o probado, presumir la certeza de otro hecho, si entre ambos existe un *“enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano”*²²²

²²⁰ Derogados por la disposición derogatoria 2, 1ª de la LEC 1/2000.

²²¹ GOMEZ COLOMER, *“El Proceso de Declaración”*, en *“Derecho Jurisdiccional”*, Coordinador, MONTERO AROCA, Valencia, 2001, pag. 333

²²² vid.- STC 45/1987 (RJ 1987\45)

De esta forma, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: un hecho o afirmación base o indicio; una afirmación presumida o hecho presumido, y que entre ambos exista un nexo lógico o enlace entre ambos.

Jurisprudencialmente, encontramos una serie de supuestos tipo, que sirven al juzgador para entender acreditada, vía presunción, la simulación. Entre otros podemos destacar que quién aparentemente transmita el derecho se comporte como titular como afirma la Sentencia del TS de 29 de enero de 1992²²³; que no conste la entrega del precio, como ocurre en el supuesto resuelto por la Sentencia del TS 7 de enero 1992²²⁴; o que no se disponga de dinero para adquirir el bien como se señala en la Sentencia del TS de, de 22 febrero de 2011²²⁵

Con relación a la prueba de presunciones se ha dicho que las presunciones son operaciones intelectuales que consisten en tener como cierto un hecho, denominado hecho presunto, a partir de la fijación formal de otro hecho denominado hecho base, que debe haber sido probado, tal y como se ha ocupado de recordarnos la Sentencia del TS de 14 de mayo de 2010.²²⁶

La elaboración de las presunciones judiciales forma parte del procedimiento de valoración de la prueba y del conjunto de operaciones de carácter epistemológico y jurídico-institucional que deben llevarse a cabo para fijar los hechos en los que debe fundarse la decisión.

En consecuencia, el carácter ilógico de una presunción es susceptible de ser invocado para demostrar la existencia de una valoración de la prueba manifiestamente errónea o arbitraria al amparo del artículo 24 de la

²²³ RJ 1992\275

²²⁴ RJ 1992\152

²²⁵ Sentencia 122/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1)

²²⁶ RJ 2010\3700

Constitución Española, tal y como recuerda la Sentencia del TS de 23 de febrero de 2003.²²⁷

Como decimos en el ámbito específico de la presunción de privatividad será especialmente útil acreditar que el bien se ha adquirido varios años después de contraer matrimonio; que no se ha producido herencia ni donación de bienes ni de dinero a favor del cónyuge a cuyo patrimonio se atribuye el bien; que no consten depósitos de dinero procedentes del tiempo de soltería del cónyuge a cuyo patrimonio se atribuye el bien, o que éste no haya trabajado nunca y la venta de bienes gananciales en fechas próximas a la adquisición del bien cuya privatividad se confiesa.

No obstante insistimos la prueba de la simulación, por aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, debe ser especialmente sólida y clara habida cuenta de la *“fuerte presunción”* que establece el artículo 1324 del Código Civil.

8.- Confesión de privatividad y Registro de la Propiedad.

Conforme al artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario si la privatividad resulta de la confesión de uno de los cónyuges en la inscripción debe expresarse dicha circunstancia practicándose a nombre del beneficiado por la presunción.

De la misma forma todos los actos inscribibles relativos a los bienes inscritos por confesión se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión. No obstante, éste necesitará el *“consentimiento”* de los herederos forzosos del confesante, si el acto de

²²⁷ RJ 2010/4341

disposición se realiza después de fallecer dicho confesante, en su caso. Este “consentimiento” tiene una excepción, que se produce si el carácter privativo resulta de la partición de la herencia. Varias son las preguntas que surgen de la redacción del precepto.

La primera de ellas es si los herederos forzosos deben consentir o asentir. Es decir, si los herederos forzosos, únicamente deben intervenir, es decir, preguntarles sobre la confesión realizada por su pariente, y que la ratifiquen o no o, por el contrario, deben emitir un consentimiento formal.

Sobre esta cuestión podemos partir en búsqueda de una respuesta de la Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notariado de de 13 de junio de 2003²²⁸ que empieza expresando algo que ya hemos apuntado anteriormente; que para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, no es suficiente la confesión de un consorte sobre el carácter de la adquisición, pues ésta opera entre cónyuges, pero no ante terceros que se pudieran ver afectados, como son los posibles acreedores o legitimarios.

Dicho lo anterior el Centro Directivo equipara, consentimiento a “*intervención*”.

Asimismo, la citada Resolución habla de *confirmar la privatividad* del bien lo que se cohonesto más con el asentimiento, que con el consentimiento, entendido como, manifestación de voluntad contractual.

Ante la inexistencia legal de un concepto de asentimiento, acudimos a la Real Academia Española de la Lengua que define asentir como: “*Del lat. assentire*).1. intr. Admitir como cierto o conveniente lo que otra persona ha afirmado o propuesto antes”.

²²⁸ RJ 2003\4225

De esta forma lo que hacen los herederos forzosos, más que consentir el acto de disposición, es únicamente admitir como cierto lo que el causante ha afirmado con anterioridad sobre la privatividad del bien, siendo libres, bien admitirlo como cierto, bien desconocerlo y actuar como si aquella manifestación de voluntad de su causante no hubiera existido, siendo el bien privativo o ganancial en función del resto de normas aplicables y pruebas existentes.

En segundo lugar, y respecto a la limitación que se impone al cónyuge del confesante, una vez fallecido éste, que dura hasta que el carácter privativo del bien resulte de la partición, debemos preguntarnos si la excepción al asentimiento de los herederos forzosos relativa a que surja de la partición de la herencia es aplicable a todos los supuestos de partición.

Parece claro que es aplicable cuando la partición es realizada por los propios herederos. La cuestión es si es necesario el asentimiento de los herederos forzosos cuando la partición es realizada por el testador o por un contador-partidor nombrado por el testador o nombrado por el juzgado, en los supuestos en los que los herederos no se ponen de acuerdo y es necesario acudir a la vía judicial para realizar la partición hereditaria.

A mi juicio en los casos de partición judicial por el testador o por un contador, es necesario el asentimiento de los herederos forzosos, atendiendo a la finalidad del precepto, que trata de protegerlos de posibles fraudes a sus derechos legitimarios a través de la cautela de la ineficacia de la confesión respecto a éstos.

Continuando con la Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notariado de de 13 de junio de 2003, ya citada, lo importante, es que los herederos forzosos intervengan en dos supuestos claves: en primer lugar deben intervenir en los actos de disposición producidos después del

fallecimiento; y, en segundo lugar, disuelta la sociedad de gananciales, por fallecimiento del confesante; señala la Resolución que “*es preceptiva*” su intervención.

No puede ser de otra forma, si lo que se pretende es evitar el fraude de sus derechos a través de la confesión de privatividad, que es, en última instancia la finalidad y razón última de la norma.

Si no fuese necesaria la intervención de los herederos en los casos de partición por el propio testador confesante o de un contador, nombrado por él o por el juzgado, se crearía una vía fácil, para obtener la no intervención de los herederos forzosos y, por ende, la posibilidad de fraude.

En tercer lugar, me resulta extraña, la limitación que se impone al cónyuge del confesante, una vez fallecido éste, que dura hasta que el carácter privativo del bien resulte de la partición, ya que, en la práctica, un bien que se considera privativo del cónyuge supérstite no debería aparecer en el caudal relicto, ya que en éste sólo aparecerán los bienes privativos del causante y la mitad de los gananciales.

A lo que parece aludir el precepto, en plena coherencia con el artículo 1324 del Código Civil es que para los herederos forzosos, el bien deberá seguir siendo ganancial, salvo que ellos mismos, a la hora de hacer la liquidación de gananciales y la partición de la herencia ratifiquen la privatividad del bien por parte del cónyuge supérstite, de forma expresa o tácita.

Cuando se realiza de forma expresa no parece haber mayor problema, sin embargo cuando se realiza de forma tácita se me plantea la posibilidad de que no habiendo incluido el bien en la liquidación de los bienes gananciales o en la partición, se intente posteriormente mediante el ejercicio de una acción de

adición²²⁹, por lo que el bien no sería plenamente privativo del cónyuge supérstite hasta que no transcurriera el plazo de prescripción de dicha acción.

En definitiva podemos establecer dos regímenes jurídicos del bien objeto de la confesión, según el momento:

En primer lugar, con anterioridad al momento de la muerte del cónyuge confesante. El bien se inscribe como privativo y sigue el tratamiento registral de los bienes privativos; es decir, el cónyuge favorecido por la confesión no necesitará consentimiento alguno del cónyuge confesante, ni de sus herederos forzosos, para realizar actos de disposición y administración del bien, a salvo, claro está de que se trate de actos de disposición sobre la vivienda familiar por el propio juego del artículo 1320 del Código Civil.

Esta situación provoca que, estando inscrito el bien como privativo a nombre del no confesante, éste podrá, en cualquier caso realizar actos de disposición poniendo en marcha el mecanismo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria- siempre que exista buena fe, título oneroso e inscripción de la adquisición-, de forma que el adquirente del bien se encontrará protegido frente a los herederos y acreedores, con un claro perjuicio para éstos.

Sobre esta cuestión parece dudoso que al adquirente posterior le fuera de aplicación el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en todo caso, ya que, si bien es cierto que el cónyuge beneficiado aparece en el registro con facultades de disposición, también lo es que en la inscripción aparecerá que el bien es privativo por confesión de conformidad con el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario²³⁰, de forma que el tercero, con una actitud activa dispone de medios racionales y motivos suficientes para indagar cuales son las

²²⁹ MORENO VELASCO, «*La adición o complemento de la liquidación de la sociedad de gananciales*» en Diario La Ley nº70, 18 de diciembre de 2008

²³⁰ Decreto 12 de noviembre de 1982

limitaciones de tal régimen jurídico, sobre todo respecto a acreedores y legitimarios del confesante.

En segundo lugar y con posterioridad al momento de la muerte del cónyuge confesante, el cónyuge favorecido por la confesión necesitará del asentimiento o intervención de los herederos forzosos de éste, bien en documento aparte, bien en la propia escritura de partición.

Se omite en este artículo cualquier referencia a los acreedores del cónyuge confesante, de forma que no existe obstáculo registral para que, fallecido el cónyuge confesante y con el asentimiento de los herederos forzosos de aquél, el cónyuge supérstite realice actos de disposición del bien sobre el que recae la confesión, pudiendo aplicarse el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siempre que se den sus requisitos.

Por otra parte debemos referirnos al artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario que establece que para anotar el embargo de los bienes inscritos por confesión deberá dirigirse la demanda contra el cónyuge titular registral, sea o no el cónyuge deudor.

Sobre esta cuestión se pronuncia la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 13 de febrero de 1999²³¹ que, dada la redacción del precepto del reglamento Hipotecario ve necesaria la demanda a ambos cónyuges, el titular inscrito y el deudor, sin que sea suficiente la mera notificación del embargo al cónyuge del deudor para poder trabar el bien confesadamente privativo en procedimiento seguido exclusivamente contra el confesante por deudas que contrajo unilateralmente.

No podemos perder de vista, en relación al anterior precepto, lo regulado en el artículo 538 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 que establece la

²³¹ RJ 1999\628

posibilidad de despachar ejecución contra quién, “*sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento publico*”.

Por último y en relación a las cuestiones registrales vinculadas a la confesión de privatividad, referirme al artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que señala la necesidad de que el carácter privativo del precio o la contraprestación esté justificada documentalmente mediante prueba documental pública.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 28 de noviembre de 1988²³², 5 de marzo de 1999²³³, 7 de diciembre de 2000²³⁴, 13 de octubre de 2003²³⁵ y 10 de octubre de 2005²³⁶, considera que, la manifestación hecha ante el Notario es prueba documental pública de que tal manifestación se ha realizado, pero no de la realidad de los hechos a que la manifestación se refiere. De esta forma para la inscripción como privativo, sería necesario que se aportara prueba documental pública suficiente, de manera que la simple manifestación del adquirente de que emplea dinero privativo es insuficiente, dado sobre todo el carácter fungible del dinero, y, aunque la manifestación se realice ante Notario, la fe pública notarial no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones de los otorgantes.

Por ésta razón estoy con RODRÍGUEZ PALMERO²³⁷ en que la confesión del cónyuge del adquirente se hace especialmente necesaria cuando recae sobre el dinero con el que se adquiere el bien, quedando completada su eficacia con la aplicación del artículo 1346.2 del Código civil

²³² RJ 1988\9010

²³³ RJ 1999\1376

²³⁴ RJ 2001\2580

²³⁵ RJ 2003/8545

²³⁶ RJ 2005\7446

²³⁷ vid,op, cit, RODRIGUEZ PALMERO, P. “*El artículo 1324 del Código Civil: dudas....*”, pag 2

III.- La atribución de la ganancialidad por voluntad de los cónyuges.

En el régimen de sociedad de gananciales la integración del activo ganancial se ve muy beneficiado por dos reglas: la presunción de ganancialidad, prevista en el artículo 1361 del Código Civil, y la atribución de ganancialidad por los propios cónyuges del artículo 1355 del Código Civil.

En páginas anteriores de esta tesis ya nos hemos referido a la confesión de privatividad, si bien, la conexión del precepto con diversos preceptos del Código Civil nos obligará a realizar un análisis sistemático y relacional del artículo 1355 del Código Civil, analizando los vínculos entre el meritado precepto y otros preceptos, fundamentalmente de la Sección 2ª, del Capítulo IV, del Título III, del Libro IV del Código Civil, aunque también con el artículo 1324 del Código Civil que se encuentra en Capítulo I.

A priori, podemos señalar que el artículo 1355 del Código Civil se enmarca en la reforma de 1981, como uno de los preceptos que da relevancia a los acuerdos de los cónyuges en orden a determinar el activo de la sociedad conyugal. De esta forma los cónyuges, en consuno, expresa o presuntamente, pueden darle carácter ganancial a bienes adquiridos durante el matrimonio, con carácter oneroso y con independencia del dinero con el que se adquieran.

1.- Naturaleza jurídica de la atribución de ganancialidad.

Predomina, entre las interpretaciones que se han dado del precepto, la naturaleza negocial de la atribución de ganancialidad²³⁸. El carácter negocial tiene una evidente consecuencia práctica; no puede destruirse mediante prueba en contrario, a diferencia de lo que ocurre con la confesión de

²³⁸ RAMS ALBESA, y MORENO MARTINEZ, *“El Régimen Económico del Matrimonio, Dykinson”*, Madrid, 2005, pag 335

privatividad del artículo 1324 del Código Civil que, tratándose de una prueba bastante, si permite prueba en contrario.

Señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de de 21 de septiembre de 1990²³⁹, ya citada, que el negocio atributivo de la ganancialidad no puede confundirse con la confesión de privatividad, pues la virtualidad de la confesión de privatividad, a efectos de la calificación del bien, está subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado.

Como afirman las Sentencias de la AP de Audiencia Provincial de Vizcaya de 11 de enero de 2002²⁴⁰ y de la AP Madrid de 14 de septiembre de 2004²⁴¹, la atribución voluntaria de la condición de ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado para su adquisición. En la misma línea se pronuncian las Sentencias de AP de Málaga, Sección 6ª. de 10 de mayo de 2007²⁴² y AP de Sevilla de 26 de junio de 2008²⁴³.

2.- La atribución expresa y presunta de la ganancialidad.

2.1- El párrafo primero del artículo 1355 del Código Civil.

Establece, en primer lugar, el párrafo primero del artículo 1355 del Código Civil que los cónyuges pueden, de común acuerdo, atribuir la naturaleza de bien ganancial a aquellos bienes que adquieran a título oneroso,

²³⁹ RJ 1990\7153

²⁴⁰ AC 2002\12

²⁴¹ AP Madrid, Sección 22, de 14 de septiembre de 2004 (JUR 2004\315147)

²⁴² Sentencia de la AP de Málaga, Sección 6ª. de 10 de mayo de 2007 (JUR 2007\367102)

²⁴³ Sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2ª, nº318/2008, rec. 4501/2007, de 26 de junio de 2008 (JUR 2009\16966).

con independencia de la procedencia del dinero o contraprestación, y de la forma y plazo en que se realice la adquisición.

De esta forma, ambos cónyuges pueden, por su propia voluntad negocial, en el momento de adquirir el bien, determinar que el mismo sea ganancial, al margen de las reglas de la subrogación real previstas en los artículos 1346 y 1347 del Código Civil. Así, la voluntad de los esposos se articula como medio hábil para alterar la naturaleza del bien, como ganancial, en el momento de su adquisición, constante el matrimonio y a título oneroso.

Es conveniente precisar que aunque el precepto determine que la atribución de la ganancialidad sea de común acuerdo, no significa que no pueda adquirir uno sólo de los cónyuges, manifestando el otro, en el momento de la adquisición su voluntad de atribuir la ganancialidad al bien, ya que lo conjunto es el acto de atribución, no la adquisición.²⁴⁴

2.2. El párrafo segundo del artículo 1355 del Código Civil.

Continuando con el artículo 1355 del Código Civil, establece el segundo párrafo una presunción de voluntad favorable al carácter ganancial del bien, si la adquisición se realiza de forma conjunta y sin atribución de cuotas.

Los requisitos necesarios para la aplicación del precepto son que concurren ambos cónyuges a la adquisición- a diferencia de lo que ocurre con el primer párrafo del precepto- y que la misma se realice sin determinación de cuotas. A mi juicio esta última expresión- la determinación de las cuotas- significa que cuando los cónyuges delimitan las cuotas pretenden adquirir en proindiviso (comunidad romana), y, por tanto no se puede presumir su voluntad de adquirir para su sociedad de gananciales, que no dispone de cuotas

²⁴⁴ GUTIERREZ BERENGOA, *“La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales”*, Madrid, 2002.

concretas. El fin negocial de los cónyuges es que el bien sea adquirido por los patrimonios privativos de ambos cónyuges, y para ello, éstos establecen cuotas.

El párrafo segundo del artículo 1355 del Código Civil establece, en definitiva, una presunción *iuris tantum* de la voluntad de los cónyuges de atribuir al bien la naturaleza ganancial. Es decir, aunque se demostrara que el dinero utilizado para la adquisición del bien fuera privativo, ello no destruiría la presunción de voluntad de los cónyuges de darle un carácter ganancial al bien, todo ello sin perjuicio de los reembolsos pertinentes, conforme al artículo 1358 del Código Civil.

De esta forma, el entendimiento de la diferencia entre presunción de voluntad de atribución de la ganancialidad y presunción de ganancialidad es lo que determina la diferencia entre los artículos 1361 y 1355 del Código Civil, diferencia que resulta evidente también a efectos registrales, como se observa de la lectura del artículo 93.1 Reglamento Hipotecario.

Así, el primer párrafo el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario establece que se inscribirán como gananciales-no como presuntivamente gananciales, como determina el artículo 94 del Reglamento Hipotecario- los bienes adquiridos “*de forma conjunta y sin atribución de cuotas*”.

La presunción establecida en el párrafo segundo del artículo 1355 del Código Civil no se refiere, a mi juicio, al origen de los fondos, sino a la voluntad de los cónyuges de dar a los bienes, en el momento de su adquisición, un carácter ganancial-“*cualquiera que sea el origen de los fondos*”, lo que se cohonesto con el párrafo primero del mismo artículo.

Por esta razón la destrucción de la presunción irá dirigida a que dicha voluntad fue otra. En esta misma línea RIVERA FERNANDEZ²⁴⁵, señala que constituye verdaderamente la fuente de la ganancialidad es la voluntad de los cónyuges.

En definitiva, como señala DE LOS MOZOS²⁴⁶ *“la voluntad conjunta, por otra parte, no es un acto distinto del de adquisición, sino que tiene lugar en el mismo como algo que se añade a él de manera que, sin ella, se hubieran producido efectos diferentes, claro que, a veces, se limitará a reforzar los que, de todos modos, se hubieran alcanzado, con tal declaración, pero, en otros casos cambia radicalmente su destino, aunque, en cualquier caso, es algo distinto a una confesión de ganancialidad”*.

Por el contrario, la presunción establecida en el artículo 1361 del Código Civil se refiere a la presunción del origen ganancial de los fondos con los que se adquiere el bien, y, por tanto la destrucción de la misma se centrará en demostrar que los bienes se adquirieron con dinero privativo.

3.- El requisito temporal.

La aplicación del artículo 1355 del Código Civil requiere que la adquisición se realice constante el matrimonio; no cabe por tanto su aplicación a adquisiciones realizadas con anterioridad, tal y como se pronuncia la Sentencia de la AP de Sevilla de 27 de noviembre de 2008²⁴⁷.

²⁴⁵ vid, op, cit, RIVERA FERNANDEZ, M. *“en JURISPRUDENCIA CIVIL COMENTADA.....”*, pag 2431

²⁴⁶ DE LOS MOZOS, *“Comentarios al Código Civil - Tomo XVIII Vol. 2: Artículos 1.344 a 1.410 del Código Civil (2005)”*, pag. 243 .

²⁴⁷ AP de Sevilla, sec. 2ª, S 27-11-2008, nº 513/2008, rec. 4773/2008. Pte: Piñol Rodríguez (JUR 2009\60050)

Para poder dar el carácter ganancial a bienes adquiridos con anterioridad al matrimonio deberá realizarse el correspondiente negocio jurídico que transmita el bien desde el o los patrimonios privativos al ganancial. Dicho negocio puede ser típico (compraventa, donación, permuta....) o atípico (aportación de bienes a la sociedad de gananciales). En estos casos la atribución de la ganancialidad derivará de la libertad de contratación entre cónyuges prevista en el artículo 1323 del Código Civil, pero no del artículo 1355 del Código Civil, que delimita perfectamente su ámbito temporal de aplicación.

Por otra parte, y en cuanto al requisito temporal cabe referirse a la posibilidad de aplicar el artículo 1355 del Código Civil, constante el matrimonio y con posterioridad a la adquisición del bien.

Discrepo de los autores que admiten dicha posibilidad²⁴⁸ y considero más adecuado entender que, una vez adquirido el bien, no es posible aplicar el artículo 1355 del Código Civil.

Pasado el momento adquisitivo, los cónyuges no podrán cambiar la naturaleza del bien²⁴⁹ por su propia voluntad sino mediante la realización de un negocio jurídico, al amparo del artículo 1323 del Código Civil que debe contener una causa suficiente de transmisión entre los patrimonios privativo y ganancial.

El juego de los artículo 1323 y 609 del Código Civil determina que ciertos contratos, seguidos de la tradición sean medios de transmisión del dominio y nada obsta a que entre los cónyuges se transmitan bienes, bien entre sus patrimonios privativos, bien entre sus patrimonios privativos y el acervo común ganancial.

²⁴⁸ Entre otros, PEÑA BERNARDO DE QUIROS, *"Derecho de Familia"*, Madrid, 1989

²⁴⁹ RIBERA PONT, *"Breves reflexiones sobre el reformado artículo 1324 CC"*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, II, 1983, pag. 1416

Sobre la problemática de la causa del negocio de atribución nos referiremos más adelante, por lo que, para no alterar el orden sistemático, continuaremos con los requisitos del artículo 1355 del Código Civil.

4.- El carácter oneroso de la adquisición.

Junto al requisito temporal, el artículo 1355 del Código Civil establece que la adquisición sea onerosa. De esta forma quedan excluidas las adquisiciones a título lucrativo, las cuales se regularán por el artículo 1353 del Código Civil.

Los bienes cedidos a título lucrativo bien *inter vivos*-donación-, bien *mortis causa*-testamento, dejados a los cónyuges conjuntamente, sin establecer las cuotas que corresponden a cada uno, serán gananciales, siempre que dicha transmisión se realice constante el matrimonio; la liberalidad fuera aceptada por ambos esposos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.

De esta forma, no será aplicable el artículo 1355 del Código Civil a los bienes adquiridos por herencia ni a las donaciones, de cualquier tipo, incluidas las onerosas o remuneratorias; criterio éste mantenido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de febrero de 2002.²⁵⁰.

En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, se plantea la aplicación del artículo 1355 del Código Civil a una donación modal u onerosa. Según el Alto Tribunal, la donación aunque sea modal o por causa onerosa se trata de un acto de carácter gratuito, ya que existe la donación desde el momento en que aparece la transmisión de un bien gratuitamente, sin ánimo de lucro por parte del donante, y es correspondido por el ánimo de aceptarlo a título de liberalidad

²⁵⁰ Sentencia núm. 157/2002 (Sala de lo Civil), de 26 febrero, Recurso de Casación núm.2867/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2002\2050)

por el donatario, que es lo que constituye el imprescindible "*animus donandi*" exigido como necesario en esta clase de contratos, todo ello al margen de la motivación que haya podido inducir a donante y donatario a realizar el negocio jurídico, motivo que puede estar relacionado con la donación con cargas, llamada también donación modal, en la que se le impone al donatario la obligación de realizar algo o cumplir una contraprestación correlativa a la ventaja adquirida, y sin que por esto se pueda entender cambiada la naturaleza del negocio al que se añade esta carga.

De esta forma la Sala mantiene que no es posible excluir, en puridad técnica, de la donación, tanto remuneratoria, como con causa onerosa, del ánimo de liberalidad que como elemento común se contiene en el concepto genérico del art. 618 del Código Civil, cuando define la donación como un acto de liberalidad, por el cual, una persona dispone gratuitamente de una cosa, en favor de otra que la acepta.

Para el Alto Tribunal, el artículo 619 del Código civil viene también a configurar como donación, las otras dos modalidades, la llamada remuneratoria y la de causa onerosa, pues en ambas en rigor, aunque una y otra no respondan originariamente, como la donación pura, a esa transferencia de una persona a otra, cuya causa responde en exclusiva a un ánimo de favorecer a otro, con independencia de los motivos, no hay que olvidar que en la donación llamada remuneratoria, esa causa es subsumible en la preexistencia de unos méritos del predonatario por servicios prestados al luego donante.

Lo mismo ocurre con las llamadas donaciones con causa onerosa, sobre todo, porque, según la propia referencia del segundo supuesto del artículo 619 del Código Civil, el gravamen que se impone es inferior al valor de lo donado, luego en la parte de exceso debe estar también presente ese ánimo de liberalidad.

5.- El derecho de reintegro. La relación entre los artículos 1355 y 1358 del Código Civil.

Es comúnmente aceptada la tesis que defiende que, siendo ganancial el bien adquirido a título oneroso, con independencia de los fondos con los que se adquiera, debe aplicarse el artículo 1358 del Código Civil²⁵¹ que establece el derecho de reintegro.

Así reza el precepto que cuando conforme al Código civil los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del dinero con el que se realice la adquisición, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación.

Para PASCUAL DE LA PARTE, de no indicarse nada, debe entenderse que operará el derecho de reembolso ya que la causa gratuita no puede nunca presumirse.²⁵²

El derecho de reembolso, justifica, a mi juicio, que tanto los acreedores como los herederos forzosos no se verán afectados por la atribución voluntaria de la ganancialidad por los cónyuges, ya que, los primeros podrán usar la acción subrogatoria prevista en el artículo 1.111 del Código Civil, para ejercitar en nombre del cónyuge deudor el crédito que éste posee contra la sociedad conyugal en el momento de su liquidación; y los segundos podrán integrar en el caudal relicto de su causante dicho crédito.

²⁵¹ vid,op, cit, DIEZ -PICAZZO y GULLON BALLESTEROS, "Sistema de Derecho Civil" y O'CALLAGAN MUÑOZ, "Codigo Civil Comentado y Jurisprudencia", Madrid, 2001, pags. 1366

SS

²⁵² PASCUAL DE LA PARTE, *La causa, su constancia expresa o no en los negocios jurídicos de atribución de ganancialidad o privatividad respecto de los bienes en los patrimonios conyugales y otras consideraciones*, BICNG, mayo 1993, pag. 1232

Para PALMERO SEUMA y GARCÍA DE ARRIBA MARCOS²⁵³ tres son las razones que justifican el derecho de reembolso, que aunque referidas al negocio de aportación a la sociedad de gananciales, son perfectamente aplicables, a estos efectos, al supuesto del artículo 1355 de Código Civil:

La primera de ellas es la aplicación de los principios de interés de la familia y equilibrio de las masas patrimoniales; la segunda por responder el negocio de atribución al fundamento del artículo 1358 del Código Civil que no es otro que la necesidad de compensar al cónyuge perjudicado por la no aplicación en un determinado supuesto del principio de subrogación real; y la tercera al tratarse el artículo 1323 del Código Civil una excepción al principio de subrogación real opera, conforme al Código el artículo 1358 del Código Civil.

A mi juicio y en el mismo sentido, siendo también el artículo 1355 del Código Civil una excepción a la subrogación real, resulta aplicable el derecho de reembolso.

6.- La relación entre los artículos 1355 y 1356 del Código Civil.

Otra de las cuestiones que surgen del estudio del artículo 1355 del Código Civil es su relación con el artículo 1356 del Código Civil. El tenor del primer precepto señala que se aplicará “(...) *cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma o plazos en que se satisfaga*”.

Esta última expresión enlaza, a mi juicio, con lo establecido en el artículo 1356 del Código Civil relativa a la naturaleza privativa o ganancial de los bienes, según cual sea el origen del primer desembolso.

²⁵³ RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, y GARCÍA DE ARRIBA MARCOS, “*La causa matrimonii en el negocio de atribución de bienes a favor de la sociedad de gananciales*”, Diario La Ley, nº6582, 2 de noviembre de 2006, Año XXVII.

De esta forma, aunque el primer desembolso tuviera origen privativo, los cónyuges pueden alterar la regla prevista en el artículo 1356 del Código Civil que determinaría la naturaleza privativa del bien, y darle carácter ganancial, con derecho de reembolso, en su caso, en el momento de la liquidación, todo ello de conformidad con el artículo 1358 del Código Civil.

7.- La atribución de ganancialidad en momentos distintos a la adquisición: el negocio de aportación de bienes a la sociedad de gananciales. El problema de la causa.

7.1 La atribución de ganancialidad en momentos distintos a la adquisición: el negocio de aportación de bienes a la sociedad de gananciales.

Un importante cuerpo de doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado admite la posibilidad de atribuir la ganancialidad de los bienes con posterioridad a la adquisición de los bienes.

Comencemos por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 1989²⁵⁴ en la que se aborda el negocio de atribución a la sociedad de gananciales.

Parte la Dirección General de los Registros y del Notariado de la base de que el artículo 1355 del Código Civil contempla la posibilidad de asignar de modo definitivo el carácter ganancial solamente respecto de los bienes adquiridos a título oneroso, tanto si hubiere indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición, como si ésta fuera inequívocamente privativa.

²⁵⁴ RJ 1989\2468

Dicho lo anterior, no puede negarse la validez y eficacia de otros acuerdos entre los cónyuges, ya que los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y por ende, entre sus patrimonios privativo y consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto.

Entre los negocios posibles, no es posible desconocer el negocio de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales.

Es decir, la Dirección General de los Registros y del Notariado, como venimos manteniendo, establece que, con posterioridad al momento adquisitivo, los cónyuges pueden cambiar la naturaleza del bien mediante negocios típicos o atípicos como la aportación de bienes a la sociedad de gananciales, que puede tener causa onerosa o lucrativa.

En la misma línea la Resolución de la DGRN de 21 de septiembre de 1990²⁵⁵, introduce un elemento que será una constante en sus próximas resoluciones y que ha sido objeto de una interesante polémica doctrinal: la causa del negocio de atribución.

La meritada Resolución afirma que la libertad de contratación entre cónyuges les permite mediante su acuerdo de voluntades realizar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos, por venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización, tal y como permiten los artículos 609, 1255, 1261 del Código Civil

²⁵⁵ RJ 1990\7153

De esta forma, y a *sensu contrario*, de la misma forma que se admite el trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y con eficacia frente a terceros en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación. Todo ello siempre que dicho negocio conyugal atributivo, que mantiene su sustantividad y autonomía jurídica pese a su conjunción con el negocio adquisitivo, obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1347.3.º del Código Civil) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 del Código Civil, o cualquier otra causa.

La Dirección General de los Registros y del Notariado admite, por tanto, al amparo de la libertad de contratación entre cónyuges llevar a cabo de mutuo acuerdo trasvases patrimoniales entre sus patrimonios privativos y el ganancial y viceversa. No obstante, pone una cautela; la necesidad de causa del negocio.

Son varias las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que hacen referencia a la causa del negocio atributivo. Para empezar la de 7 de octubre de 1992, se plantea la problemática de la causa en el negocio atributivo, si bien el Centro directivo no entra a conocer de dicha problemática dada la necesaria concreción del recurso gubernativo a los aspectos directamente relacionados con la nota impugnada.

Por su parte en la Resolución de 21 de diciembre de 1998²⁵⁶, el Centro Directivo continúa en su línea de admitir la libertad de contratación de los cónyuges. Es decir, lo que viene a decir la citada resolución es que entre

²⁵⁶ RJ 1998\10485

cónyuges caben todo tipo de contratos, incluido el negocio de aportación de bienes a la sociedad de gananciales.

Por último, cabe referirse a la Resolución de la DGRN de 15 de diciembre de 1999²⁵⁷ que confirma el Auto y deniega la inscripción sobre la base de la falta de expresión de la causa del desplazamiento patrimonial entre el patrimonio privativo y la sociedad ganancial.

La causa estará, según afirma la citada Resolución *“en la concreta relación jurídica que justificó o que derivó del empleo por el adquirente del dinero del que luego sería su consorte, y en su liquidación con la aportación pretendida, en su día, de un crédito contra el adquirente que ahora se extingue en compensación de tal aportación al hacerse común el bien aportado; cfr. artículos 1344 y 1401 del Código Civil”*

De esta forma sea cual sea la causa debe quedar determinada; pudo mediar previa donación del metálico, dación en pago, extinción de proindiviso, nacimiento de un crédito ya saldado, etc.

Por tanto, y recapitulando, parece excluida, a mi juicio la posibilidad de aplicar el artículo 1355 del Código Civil a momentos distintos a la adquisición a título oneroso, constante el matrimonio.

Para transferir bienes de los patrimonios privativos al ganancial se hace necesario bien un negocio típico, bien un negocio atípico. Dichos negocios deben contar necesariamente, como requisito de validez del elemento causal.

De esta forma, siendo más o menos clara la causa de los negocios típicos (compraventa, donación, permuta, etc..), la pregunta a responder sería

²⁵⁷ RJ 1999\9163

cual es la causa del negocio de aportación de bienes a la sociedad de gananciales.

7.2. La causa del negocio de atribución de bienes a la sociedad de gananciales.

Como hemos señalado anteriormente, al amparo del artículo 1323 del Código Civil, los bienes privativos pueden ser aportados a la sociedad de gananciales mediante negocios típicos y atípicos. Entre estos últimos el negocio más común es el negocio de aportación a la sociedad de gananciales. Uno de los problemas más complejos y discutidos del negocio de aportación de bienes a la sociedad de gananciales es, como decimos, el de la causa.

Podemos definir el negocio de aportación a la sociedad de gananciales como *“la transmisión que un cónyuges realiza desde su patrimonio privativo a la sociedad de gananciales, que origina que el bien aportado adquiera el carácter ganancial”*.²⁵⁸

De esta forma, la fundamentación jurídica del negocio de aportación no hay que buscarla en el artículo 1355 del Código Civil, sino en el artículo 1323 del mismo texto legal²⁵⁹

Conforme al artículo 609 del Código Civil es exigible el título y el modo (tradición) para que se produzca un desplazamiento patrimonial, de forma que cualquier desplazamiento patrimonial debe estar justificado por un previo negocio causal; causa que en los negocios atípicos, como es la aportación a la sociedad de gananciales, se torna complejo.

²⁵⁸ LOBATO GARCÍA MIJÁN, *“La aportación de un bien a la sociedad conyugal”*, RDP, Madrid, enero 1995, pag. 30

²⁵⁹ vid, op, cit, RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, y GARCÍA DE ARRIBA MARCOS, *“La causa matrimonii en el negocio de atribución.....”*, pag 8

Hasta hace relativamente poco tiempo la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones de 26 de octubre de 1992²⁶⁰, 11 de junio de 1993²⁶¹, 28 de mayo de 1996²⁶², 21 de julio de 2001²⁶³ y 17 de abril de 2002²⁶⁴, exigía la necesidad de causa en el negocio de atribución a la sociedad de gananciales²⁶⁵.

En la búsqueda de dicha causa el citado Centro Directivo trata, en todas las ocasiones, de encajar la voluntad de los cónyuges en alguna de las causas típicas recogidas en el artículo 1274 del Código Civil, entre las causas onerosa y lucrativa, y en función, fundamentalmente, de si existe o no derecho de reembolso²⁶⁶.

La pregunta que se plantea parte de la doctrina es si cabe una causa atípica, diferente de la gratuita u onerosa, y específica para el negocio de atribución de bienes a la sociedad de gananciales.

Dicho de otro modo la doctrina se cuestiona si existe la *causa matrimonii* como causa diferente de las causas típicas.

Aunque por la mayoría de la doctrina se niega tal posibilidad²⁶⁷, a dicha tesis no le faltan adeptos, siendo la más ferviente defensora de esta posibilidad PEREÑA VICENTE²⁶⁸, que, básicamente defiende una causa atípica del

²⁶⁰ RJ 1992\8582

²⁶¹ RJ 1993\5418

²⁶² RJ 1996\4012

²⁶³ RJ 2002\2397

²⁶⁴ RJ 2002\8099

²⁶⁵ Podría alegarse en contra el artículo 1277 del Código civil, según el cual “*aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*”; la llamada abstracción procesal de la causa

²⁶⁶ POVEDA BERNAL, “*Consideraciones en torno al llamado <<negocio jurídico de aportación>> a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial, y su incardinación en nuestro sistema contractual*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, num. 640, Madrid, 1997, pag. 868.

²⁶⁷ vid,op,cit- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, y GARCÍA DE ARRIBA MARCOS, pag, 7 a 13

²⁶⁸ PEREÑA VICENTE, “*El negocio de atribución a la sociedad de gananciales*”, Diario La Ley, ISSN 1138-9907, N° 6944, 2008

negocio de aportación a la sociedad de gananciales definiendo la misma como la intención de los cónyuges de que el bien quede sujeto al régimen de gestión, disposición y liquidación de los bienes gananciales; según esta autora los motivos o móviles no afloran en el negocio.

Recoge esta autora la Resolución de la DGRN de 22 de junio de 2006²⁶⁹, que, reconociendo el derecho de reembolso, admite también una identidad causal propia, atípica en el negocio de atribución a la sociedad de gananciales, de forma que el derecho de reembolso, para esta Resolución no es ya la causa del negocio, sino su consecuencia; parece que con esta resolución el Centro Directivo ha cambiado su orientación, admitiendo la *causa matrimonii*, como causa autónoma y atípica.

Este cambio de orientación de la Dirección General de los Registros y Notariado se cohonestaba con varias resoluciones judiciales que, en el ámbito fiscal ya reconocían la *causa matrimonii* como las de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla la Mancha de 13 de octubre²⁷⁰ y 14 de noviembre de 2003²⁷¹ o la del TSJ de Extremadura de 30 de julio de 2002²⁷² y 29 de enero de 2003²⁷³, que reconocen una causa *ad sustinenda oneri matrimonii*.

8.- La relación entre los artículos 1324 y 1355 del Código Civil. La no aplicación a *sensu contrario* del artículo 1355 del Código Civil. Efectos frente a terceros de la atribución de ganancialidad.

Una de las cuestiones que han sido objeto de estudio en relación a la atribución de ganancialidad del artículo 1355 del Código Civil, ha sido la

²⁶⁹ BOE 20 de julio de 2006

²⁷⁰ JT 2004\259

²⁷¹ JT 2004\264

²⁷² JT 2002\1448

²⁷³ JUR 2003\66125

posibilidad de aplicar dicho artículo a *sensu contrario*, para, a su amparo permitir que los cónyuges den carácter privativo a bienes adquiridos, constante el matrimonio, que de conformidad con las reglas generales serían gananciales.

Cuando esta posibilidad se ha admitido, se ha tratado de argumentar en la libertad de contratación entre cónyuges. A mi juicio no se debe dar al artículo 1323 del Código Civil una amplitud interpretativa excesiva, dándole efectos que no se prevén en la norma. El meritado artículo permite la contratación entre cónyuges, pero no permite alterar las normas de calificación de los bienes como privativos o gananciales; únicamente permite que los cónyuges realicen contratos entre sí. Lo contrario sería ir en contra del principio de subrogación real previsto en el artículo 1347. 3º del Código Civil, sin norma que le diera cobertura.

El precepto aplicable para que los cónyuges establecieran el carácter privativo de un bien sería el artículo 1324 del Código Civil, ya estudiado en profundidad, y dicha confesión de privatividad se rige por dicho precepto y sus limitaciones.

Como ya hemos analizado, la confesión de privatividad tiene sus propias reglas alejadas del artículo 1355 del Código Civil²⁷⁴, y la más importante a los efectos que nos ocupan, es que los acreedores y legitimarios pueden desconocer el carácter privativo del bien otorgado por los cónyuges, mientras que la ganancialidad atribuida por los cónyuges al amparo del artículo 1355 del Código Civil no podrá, en ningún caso, ser obviada por aquellos, que se verán necesariamente abocados, en su caso, a las correspondientes acciones de impugnación.

²⁷⁴ Aunque ambos preceptos responden al mismo principio constitucional de libertad e igualdad entre cónyuges

De lo dicho resulta obligada mi discrepancia con las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de septiembre de 1990²⁷⁵ y 21 de enero de 1991²⁷⁶, así como con la Sentencia del TS de 19 de diciembre de 1997²⁷⁷, que admiten la posibilidad de la aplicación, *a sensu contrario* del artículo 1355 del Código Civil. El argumento sobre el que sustenta dichas resoluciones es libertad de contratación de los cónyuges.

Resulta ocioso señalar, como he mantenido en anteriores líneas, que la libertad de contratación no puede servir para alterar voluntariamente la naturaleza de los bienes, fuera de los casos permitidos por el artículo 1355 del Código Civil.

El artículo 1323 del Código Civil posibilita, únicamente, que los cónyuges realicen negocios entre ellos y sus patrimonios, típico o atípicos, que provistos de la correspondiente causa, permiten el trasvase de bienes entre los patrimonios de los cónyuges.

Siguen la tesis de negar la aplicación *a sensu contrario* del artículo 1355 del Código Civil, RAMS ALBESA²⁷⁸, DÍEZ SOTO²⁷⁹, y PEREÑA VICENTE²⁸⁰, entre otros, aunque existen autores que la admiten GONZALEZ GARCÍA²⁸¹ y

²⁷⁵ RJ 1990\7153

²⁷⁶ RJ 1991\592

²⁷⁷ RJ 1997\9110

²⁷⁸ RAMS ALBESA, “*La subrogación real en la sociedad de gananciales*” RDN, julio-diciembre, 1984, pp 342 ss,

²⁷⁹ DIEZ SOTO, *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*, Madrid, 2004

²⁸⁰ PEÑA VICENTE, *Masas Patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*, Madrid 2004

²⁸¹ GONZALEZ GARCÍA, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia-Sucesiones*, coord. MORENO QUESADA, Valencia, 2002

DE LOS MOZOS²⁸², argumentando la referida libertad de contratación de los cónyuges a la que hace referencia la DGRN.²⁸³

9.- El artículo 1355 del Código Civil y la teoría de los actos propios.

Llegando ya al fin de este análisis, no puedo dejar de referirme a varias sentencias que aplican la teoría de los actos propios en relación con el 1355 del Código Civil.

La primera de las sentencias es la de la Audiencia Provincial de Sevilla de 27 de noviembre de 2008²⁸⁴.

En esta resolución judicial, la Sala admitiendo la imposibilidad de aplicar el artículo 1355 del Código Civil a las adquisiciones realizadas con anterioridad a la celebración del matrimonio, aplica la doctrina de los actos propios a la manifestación de los cónyuges ante Notario de que el bien es ganancial, todo ello al amparo de la libertad de contratación de los cónyuges.

En la misma línea de aplicar la doctrina de los actos propios a esta materia se pronuncian las Sentencias de Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2008²⁸⁵ y 28 de febrero del mismo año²⁸⁶.

La doctrina de los actos propios, que es conocida bajo el brocardo "*venire contra factum proprium non valet*", proclama el principio general de

²⁸² DE LOS MOZOS, : Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (art. 1346 -1361), dirs. ALBADALEJO.M/DÍAZ ALABART, t. XVIII, vo. 2º, Madrid, 1999

²⁸³ RAMS ALBESA, y MORENO MARTÍNEZ, El régimen Económico del Matrimonio. Comentarios al Código Civil: especial consideración de la Doctrina Jurisprudencial, Dykinson, 2005

²⁸⁴ Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 2ª, S 27-11-2008, nº 513/2008, rec. 4773/2008. Pte: Piñol Rodríguez, Carlos (JUR 2009\60050)

²⁸⁵ Sentencias de Audiencia Provincial de Madrid, sec. 24ª, S 23-10-2008, nº 1101/2008, rec. 691/2008. Pte: Hernández Hernández, Rosario (JUR 2009\50498)

²⁸⁶ Sentencia de la AP de Madrid, nº 253/2008, rec. 1051/2007. Pte: Hernández Hernández, Rosario (JUR 2008\144068)

derecho que establece inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente. Esta teoría no es aplicable a cualquier tipo de problemas ya que únicamente rige en aquellos casos en que las expectativas no están protegidas o reguladas directamente por el Derecho positivo, a través de una distinta figura jurídica que responda a una base teórica diversa.

Respecto a la doctrina de los actos propios, establece la Sentencia del TS de 27 de marzo de 2007²⁸⁷, que su fundamento estriba en *“la buena fe y la confianza, amen de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, que exige, para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos, una palmaria contradicción entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejercita, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido”*.

Para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil, ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una específica situación jurídica relativa a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual.

Sobre la base de lo anterior respecto al artículo 1355 del Código Civil no considero necesario aplicar la doctrina de los actos propios porque es el propio

²⁸⁷ Sentencia del TS, Sala 1ª, S 27-3-2007, nº 399/2007, rec. 2229/2000. Pte: Almagro Nosete, José (RJ 2007\1982).

precepto el que establece con qué requisitos un bien adquirido por los cónyuges puede, por su propia voluntad, reputarse ganancial.

De esta forma emitida la declaración de voluntad por los cónyuges o adquirido el bien de forma conjunta, constante el matrimonio, el bien se reputa ganancial por la propia voluntad conjunta de los cónyuges y sin posibilidad de cuestionar el origen de los fondos para su adquisición, todo ello, sin perjuicio del derecho de reembolso.

Por su parte y respecto al artículo 1323 del Código Civil, tampoco parece necesario aplicar la doctrina de los actos propios, ya que el bien no es ganancial por la sujeción de un cónyuge a sus actos sino porque ha celebrado un negocio jurídico típico o atípico que ha transmitido el bien del o los patrimonios privativos al ganancial.

Así, tanto los efectos de la emisión de voluntad de los cónyuges en los casos recogidos en el artículo 1355 del Código Civil, como los efectos del negocio típico o atípico, vienen recogidos en el propio Código Civil y en el propio negocio de atribución, sin necesidad de acudir a la doctrina de los actos propios que, a mi juicio, solo es aplicable, como principio general del Derecho a falta de regulación expresa de los efectos del negocio.

No obstante, la doctrina de los actos propios sirve como un argumento añadido cuando uno de los cónyuges trata de desligarse de su declaración de voluntad a favor de la ganancialidad del bien.

Pese a admitir tal posibilidad, lo que considero inadecuado es aplicar la doctrina de los actos propios para reputar un bien ganancial, no dándose los requisitos del artículo 1355 del Código Civil y sin que exista ningún tipo de negocio típico o atípico de atribución o transmisión al acervo ganancial; eso es

precisamente lo que hace la Sentencia de la AP de Sevilla, de 27 de noviembre de 2008, antes referida.

IV.- El protocolo familiar: acuerdos de contenido matrimonial.

En palabras de GARRIDO PALMA²⁸⁸, podemos definir el Protocolo Familiar como *“el acuerdo entre los familiares propietarios de la empresa por el que se comprometen a organizar-con proyección de continuidad-la propiedad y el gobierno de la misma, así como su dirección y gestión y las relaciones profesionales-laborales de la empresa familiar en su conjunto”*.

Legalmente el Real Decreto 171/2007, 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, viene a definirlo como *“aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”*.

En definitiva, lo que se pretende con el protocolo familiar es establecer un acuerdo marco para que de forma estable pueda desarrollarse la relación empresa-familia-propiedad, y se garantice la sucesión y el gobierno de la empresa. Como acuerdo marco que es debe ser desarrollado por distintos instrumentos jurídico que exceden de los estatutos sociales.

²⁸⁸ GARRIDO PALMA, *“La familia empresaria ante el Derecho”*, en El Patrimonio familiar profesional y empresarial. Sus protocolos, tomo IV, Boscho, Barcelona 2005, pag 88

Respecto a la naturaleza jurídica y siguiendo a SANCHEZ CRESPO²⁸⁹ *“el protocolo es un acuerdo marco de naturaleza jurídica compleja-que contiene elementos o pactos propios de distintos contratos y que sirve de norma a la que han de ajustarse otros pactos complementarios de carácter más concreto-firmado entre familiares socio de una empresa-actuales, o previsibles en el futuro,-con la finalidad de regular la organización y gestión de la misma, así como las relaciones entre la familia, la empresa y sus propietarios, para dar continuidad a la empresa de manera más eficaz y con éxito, a través de las siguientes generaciones familiares.”*

A mi juicio el protocolo familiar, en general, no tiene una naturaleza contractual sino que se trata de una declaración de intenciones o acuerdo marco con más trascendencia moral o ética que jurídica, que se verá desarrollado por diferentes acuerdos más concretos que sí encajarán en las diferentes figuras contractuales y que tendrán eficacia jurídica obligacional entre sus firmantes.

De esta forma el protocolo familiar no es más que una declaración de intenciones²⁹⁰ sin más fuerza obligacional que la que surja de su concreción o desarrollo en acuerdos o contratos concretos. No obstante, sería necesario examinar cada protocolo, ya que pueden darse acuerdos contenidos en un protocolo familiar que por su grado de concreción y fuerza obligacional, admitida por los propios firmantes, pueden tildarse de contratos plenamente exigibles.²⁹¹

²⁸⁹ SANCHEZ CRESPO CASANOVA, " *El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional*", en *El cambio generacional en la empresa familiar*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº27, octubre de 2003, pags. 91 ss

²⁹⁰ PEREZ GIMENEZ, "El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria", *Aranzadi, Revista de Sentencias de TSJ y AP*, nº18, 2008

²⁹¹ Vid, op, cit, GARRIDO PALMA, V.M. " *La familia empresaria ante el Derecho...*", pag 90

Como hemos comentado anteriormente, el protocolo familiar, con carácter general, es una declaración de intenciones o un acuerdo marco que requiere de un posterior desarrollo mediante figuras jurídicas concretas.

En este sentido, y en relación al matrimonio y a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, podemos referirnos a una serie de acuerdos tipo que suelen utilizarse como desarrollo de los protocolos familiares en el ámbito de las relaciones matrimoniales.

1.- Determinación del régimen económico matrimonial.

Uno de los más importantes problemas a los que se enfrenta la empresa familiar es la de mantenerse íntegra y sin desmembraciones durante las sucesivas generaciones. En la consecución de este objetivo el régimen económico matrimonial de sus miembros casados tiene una gran trascendencia.²⁹²

En los territorios donde rigen los regímenes de comunidad como el de sociedad de gananciales, una crisis familiar o la muerte de uno de los miembros de la pareja puede provocar una seria ruptura del accionariado y la injerencia de personas ajenas a la familia en los órganos de decisión. Por esta razón uno de los pactos más frecuentes es el de contraer matrimonio en régimen de separación de bienes.

2.- La modificación del régimen económico matrimonial

²⁹² FERNANDEZ GIMENO, y REYES LÓPEZ, *“La empresa Familiar”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000 y MARTORELL ZULUETA, *“Empresa familiar y regímenes comunitarios”*, en *La empresa Familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2004

Junto al pacto de separación de bienes otros pactos frecuentes que alteran el régimen económico matrimonial, suelen ser aquellos que modifican o adaptan dicho régimen económico matrimonial a las necesidades de los cónyuges al amparo de los artículos 1315 y 1325 del Código Civil

Entre los pactos más frecuentes en este sentido se encuentran, en primer lugar la adjudicación preferencial contractual²⁹³ por medio de la cual los cónyuges pactan que en la liquidación de la sociedad de gananciales, que eventualmente se produzca, se adjudiquen determinados bienes-por ejemplo las acciones de la sociedad familiar-a uno de los cónyuges con exclusión de otro-siempre que haya bienes suficientes para que el otro cónyuge cobre la parte que le corresponda o se pacte que se le abone la diferencia en dinero. Todo ello, sin perjuicio de las adjudicaciones preferenciales legales previstas en el artículo 1406 del Código Civil.

En segundo lugar, puede pactarse también la regulación de los efectos económicos entre los cónyuges de las acciones liberadas. Las acciones liberadas son aquellas que, en caso de ampliación de capital, se entregan a los socios sin exigir contraprestación alguna, ya que dicha ampliación se realiza con cargo a las reservas sociales.

Pues bien, como ya comentamos en páginas anteriores al referirnos a los pactos prematrimoniales, el artículo 1352 del Código Civil preceptúa que las nuevas acciones, título o participaciones serán privativos si se suscriben como consecuencia de la titularidad de otros de la misma naturaleza.

No obstante si para el pago de la suscripción se usaran fondos con carácter ganancial o dichos títulos se emitieran con cargo a beneficios se reembolsará el valor satisfecho.

²⁹³ SANCHEZ CRESPO CASANOVA, y CALERO ARTERO, La empresa familiar: guía práctica de organización y funcionamiento, Granada, Comares, 2001, pag. 37

Pues bien, partiendo de dicha regulación, en capitulaciones matrimoniales puede pactarse que en caso de existir, las acciones liberadas no generen crédito ganancial, cualquiera que sea el titular de las acciones.²⁹⁴

En tercer lugar, puede pactarse, la total exclusión recíproca-para salvar el escollo del artículo 1328 del Código Civil respecto a la igualdad de derechos-de pretensiones económicas, en caso de separación o divorcio de bienes integrantes del patrimonio empresarial familiar del otro cónyuge.

Los pactos pueden ser tantos como las necesidades de los cónyuges y el tamaño y complejidad de la empresa, si bien deben respetar los límites genéricos del artículo 1328 del Código Civil que proscribe, bajo pena de nulidad, cualquier estipulación contraria a las leyes o las buenas costumbres, o limitativa de la igualdad de derechos, que ya fue estudiado en el capítulo primero de la presente tesis.

²⁹⁴ vid, op, cit, SANCHEZ CRESPO, BELLVER SÁNCHEZ, . Y SANCHEZ SANCHEZ, “*La Empresa Familiar: manual*”, pag.37

CAPITULO TERCERO.- EXPRESIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES EN EL MOMENTO DE LA CRISIS MATRIMONIAL.

I.- El Convenio Regulador como expresión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el momento de la crisis matrimonial.

1.-Delimitación conceptual y naturaleza jurídica.

Por convenio regulador debe entenderse el acuerdo de voluntades entre los cónyuges, en virtud del cual se estipulan las medidas por las que deben regirse desde la correspondiente sentencia matrimonial, o incluso antes si se pacta en el propio Convenio, que las medidas tengan efectos desde la firma del Convenio Regulador y no desde la sentencia.

PÉREZ MARTÍN²⁹⁵, define el Convenio Regulador como una transacción sometida a condición, condición que no es otra que la aprobación judicial del mismo, aunque, como veremos, los efectos obligaciones se producen con independencia de de la aprobación judicial del mismo, todo ello, sin perjuicio de que la ratificación de los cónyuges y la posterior aprobación judicial produzca los efectos procesales pertinentes.

El reconocimiento y regulación del Convenio Regulador por la Ley 30/1981 de 7 julio 1981 de 7 de julio, vino a otorgar una mayor relevancia a la autonomía de la voluntad en el campo matrimonial, de tal forma que fueran los cónyuges, los mejores conocedores de la situación, quienes puedan establecer

²⁹⁵ PEREZ MARTÍN, “*Tratado de Derecho de Familia*”, Volumen II, Lex Nova, pag 163 ss

las medidas que regulen su crisis matrimonial dentro de los límites establecidos por el legislador.

No obstante, esta autonomía de la voluntad se encuentra limitada, al igual que ocurre con los acuerdo prematrimoniales, no sólo por el orden público familiar que rige en esta materia, sino por el control judicial, que examina el ajuste del convenio a los artículos 90 y 101 del Código Civil.

El control judicial se extiende, como manifiesta la Sentencia de la AP Sevilla de 6 julio 2000²⁹⁶, tanto a la protección de los menores, principio rector de la regulación, como a los intereses de los propios cónyuges, en evitación de pactos leoninos o gravemente perjudiciales.

Asimismo es criterio jurisprudencial entre otras de la Sentencia de la AP de Madrid de 3 de diciembre de 2002²⁹⁷, considerar que si las partes pueden usar de su autonomía de voluntad al perfeccionar todo convenio, sin embargo, una vez perfeccionado, limita aquella autonomía reduciendo su arbitrio a los términos, alcance y efectos convenidos.

El Convenio Regulador, aunque sea considerado como un negocio jurídico de familia, en todas las materias que afecten a los hijos menores del matrimonio respecto del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, derecho de visita y alimentos, presenta una naturaleza jurídica mixta.

De esta forma, junto a la manifestación de la capacidad de la autonomía privada en la autorregulación en el campo matrimonial se da la intervención y control judicial que como hemos manifestado en líneas anteriores debe limitarse a evitar medidas perjudiciales para los menores, o, en el caso del Convenio Regulador, claramente desfavorables para uno de los cónyuges.

²⁹⁶ JUR 2001\2743

²⁹⁷ Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22ª, de 3 de diciembre de 2002 (JUR 2003\32784)

Por tanto, se trataría de un negocio jurídico *sui generis* por cuanto interviene de un lado, la autonomía privada y, de otro, el control judicial²⁹⁸

Esta naturaleza jurídica es mantenida también por LOPEZ BURNIOL, que ha señalado que estamos ante un negocio jurídico ya que en primer lugar se trata de un acto de autonomía privada; y en segundo lugar, la declaración de voluntad determina y modela el contenido de sus efectos jurídicos²⁹⁹

El Tribunal Supremo entre otras en sus Sentencias de 26 de enero de 1997³⁰⁰, en la misma línea que la de 22 abril de 1993³⁰¹ ha ratificado la naturaleza de negocio jurídico que posee el Convenio Regulador cuando ha venido afirmando que *“la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes”*.

2. Contenido Mínimo.

Con independencia de que la libertad de pacto permite a los cónyuges establecer en el Convenio Regulador cualquier acuerdo, siempre que no sea contrario a Derecho, el artículo 90 del Código Civil enumera en sus distintos apartados las medidas que, por constituir su contenido mínimo, deben figurar inexcusablemente en el convenio, siempre que sea posible, a excepción de la medida 2ª, referente al derecho de visitas de los abuelos y los nietos, introducida por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de

²⁹⁸ vid. op, cit, LLOPIS GINER, *“El contenido del Convenio Regulador.”*, pag 32

²⁹⁹ LOPEZ BURNIOL, *“Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales”*, en Viladrich (coord) *Convenios Reguladores de las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, pag.50

³⁰⁰ Sentencia del TS, núm. 4/1993 (Sala de lo Civil), de 26 enero, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1993\365)

³⁰¹ Sentencia del TS núm. 325/1997 (Sala de lo Civil), de 22 abril, recurso de Casación núm. 1822/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1997\3251).

los nietos con los abuelos, que sólo deberá figurar si se considera necesario y siempre en interés del menor.

De esta forma, el contenido del Convenio Regulator puede venir constituido en primer lugar, por el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos; en segundo lugar, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo siempre en cuenta el interés de aquéllos; en tercer lugar, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar; en cuarto lugar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso; en quinto, la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio, y por último, la pensión que conforme al artículo 97 del Código civil correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

3.- Renuncia a la pensión compensatoria en un Convenio regulador.

Ya desde la Sentencia del TS de 2 de diciembre de 1987³⁰², nuestra jurisprudencia ha venido declarando la naturaleza dispositiva de la pensión compensatoria. 23 años atrás el TS establecía, con claridad, la doctrina que ha sido mantenida posteriormente.

Afirma el Alto Tribunal que en el proceso civil impera el principio dispositivo y el de rogación, de forma que la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional no se produce de oficio sino que se entrega al titular del derecho sustantivo que puede ejercitarlo o no en juicio, pudiendo incluso renunciarlo o desistir de la acción que entable.

³⁰² Sentencia del TS, Sala 1ª, de 2 de diciembre de 1987.- ponente.- Fernández Cid de Temes (RJ 1987\9174).

El proceso debe, por tanto versar sobre lo por él querido, con los límites por él señalados, de tal manera que la sentencia que ponga fin al procedimiento ni puede dar más, ni cosa distinta a aquella pedida en la demanda.

Que en el proceso matrimonial convivan elementos de derecho dispositivo con elementos de *ius cogens*, derivados de la especial naturaleza del Derecho de Familia, no impiden la naturaleza privada del proceso, lo que no impide que en ciertos casos la congruencia se produzca sin conformidad rígida y literal con los pedimentos de las partes.

Dicho lo anterior queda claro, según el Tribunal Supremo, que cuando no existe una petición expresa de un derecho facultativo o dispositivo y este tampoco se desprende de la *causa petendi*, el juez debe someterse a lo solicitado.

Lo mismo ocurre en el aspecto puramente económico que afecta a los cónyuges, como la pensión compensatoria. Si la ley no autoriza al juez a que señale la pensión de oficio, es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos.

De esta forma, se trata de un derecho que los cónyuges pueden hacer valer, o no, sin que deba intervenir el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes.

Siendo una materia de libre disposición es unánime la opinión que resulta posible la renuncia a la pensión compensatoria en el Convenio regulador.

En este caso, a diferencia de las pegas que se ponen por los detractores de la renuncia anticipada, el derecho ya ha nacido, porque los cónyuges están en proceso de separación o divorcio, y es en dicho momento cuando debe verificarse el desequilibrio.

Si, aún existiendo desequilibrio el cónyuge renuncia a la misma, dicha renuncia será válida y eficaz salvo que quede afectado el consentimiento por alguna razón. En esta línea se pronuncia la Sentencia de la AP de Granada de 26 de abril de 2005³⁰³.

3.1. Renuncia tácita a la pensión compensatoria.

En relación a la renuncia tácita de derechos el Tribunal Supremo se ha pronunciado con claridad en su Sentencia de 17 de marzo de 2006.³⁰⁴

En esta Sentencia el Alto Tribunal mantiene que dicha renuncia está admitida jurisprudencialmente pero que ha de ser clara, terminante e inequívoca.

La renuncia, no tiene que tener una forma especial ya que el ordenamiento jurídico, concretamente, el artículo 6.2 del Código civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita.

Así y a mi juicio, si en el Convenio Regulador no se hace mención a la misma, debe entenderse que: o bien no existe desequilibrio, o bien, aún existiendo, se renuncia a la pensión.

³⁰³ Sentencia de la AP de Granada, Sección 3ª, de 26 de abril de 2005 (JUR 2005\137942).

³⁰⁴ Sentencia de 284/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 17 marzo, Recurso de Casación núm. 2717/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2006\5241).

3.2. Separación de hecho y sus efectos en el establecimiento de la pensión compensatoria.

Otra de las consecuencias del carácter dispositivo de la pensión compensatoria es la doctrina jurisprudencial por la cual tras una larga y consentida separación de hecho no cabe reclamar pensión compensatoria; dos son los motivos que se suelen esgrimir:

El primero de los argumentos o motivos es que al haber transcurrido mucho tiempo desde la ruptura y ser éste el momento en el cual debe determinarse el desequilibrio, tras varios años, no puede averiguarse de forma clara cual era la situación en el momento de la ruptura. Este es el razonamiento de la Sentencia del TS de 9 de febrero de 2010³⁰⁵.

El segundo de los argumentos es que al llevar los cónyuges muchos años separados, la vida independiente de cada uno acredita que no existía desequilibrio en su momento.

No obstante lo anterior, existe un supuesto que a mi juicio impide aplicar esta doctrina: se trata del supuesto en el que tras la ruptura uno de los cónyuges abona alguna cantidad al otro mensualmente y tras varios años, en el momento de formalizar la ruptura, se alega la separación de hecho.

En este caso, pese a la separación de hecho libremente consentida, puede acordarse el establecimiento de una pensión compensatoria ya que, existía el desequilibrio en el momento de la ruptura, razón por la cual un cónyuge sigue abonando al otro una cantidad para su manutención, y, por otra parte, uno de

³⁰⁵ Sentencia del TS núm. 10/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 9 febrero (RJ 2010\526).

los cónyuges sigue dependiendo, en alguna medida del otro, a pesar de la ruptura.

Sobre la exclusión de la pensión compensatoria tras una separación de hecho prolongada podemos mencionar, entre otras, las Sentencia de la AP Málaga, de 16 de junio de 2004 ³⁰⁶ y la Sentencia de la AP Toledo, de 17 de julio de 2006 ³⁰⁷

4. Otras estipulaciones.

En aplicación del principio de libertad de pactos cabe incluir en el convenio regulador los contenidos más diversos.

En este caso, junto a las exigencias generales del art. 1255 del Código Civil, a saber , que no sea contrario a la ley, la moral o el orden público, deben unirse las del propio art. 90 CC: que no sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Entre las otras estipulaciones que pueden figurar en un convenio regulador, además de la ya enunciadas como mínimas, pueden enumerarse a título meramente enunciativo y sin carácter exhaustivo algunas como: la determinación del pago de los gastos devengados por la redacción del convenio y el procedimiento judicial correspondiente; el inventario de los bienes que permanecen en el domicilio conyugal o de los que se lleva el cónyuge que sale del mismo; el compromiso de su ratificación en presencia judicial; el compromiso de dilucidar por la vía amistosa cualquier diferencia que surja en la aplicación del convenio; el establecimiento de las condiciones para la modificación de la pensión que se reconoce; incluso se encuentran acuerdos

³⁰⁶ Sentencias AP Málaga, Sec. 6.ª, 497/2004, de 16 de junio, Recurso 359/2004. Ponente: Inmaculada Suárez Bárcena Florencio (JUR 2004\216429).

³⁰⁷ Sentencia de la AP Toledo, Sec. 1.ª, 212/2006, de 17 de julio Recurso 67/2006. Ponente: Manuel Gutierrez Sanchez-Caro (JUR 2006\205391).

minuciosos sobre animales de compañía y se mantenga en proindivisión la propiedad de los mismos, con especificación de periodos de tenencia de uno y otro dueño.

5.- El Convenio Regulator no ratificado judicialmente.

Una situación bastante común en la práctica se presenta cuando en procedimientos de separación, nulidad o divorcio, los cónyuges deciden tramitar su crisis de mutuo acuerdo, si bien, en un momento dado, una vez presentada la demanda, e incluso antes, alguno de los dos, o ambos, deciden no ratificar el convenio firmado, o incluso ni presentarlo al juzgado.

En convenio regulator recoge generalmente una regulación completa de materias, pudiendo distinguir entre materias en principio indisponibles, fundamentalmente respecto de los hijos menores como guarda y custodia, alimentos, etc; y junto a éstas otras como la liquidación del régimen económico o la pensión compensatoria que son plenamente disponibles por los cónyuges.

Pues bien, a continuación nos referiremos a la validez del Convenio Regulator no ratificado haciendo hincapié en la tesis predominante sobre la validez del Convenio Regulator no ratificado judicialmente, distinguiendo entre materias las indisponibles y disponibles.

5.1. Validez del Convenio Regulator no ratificado en cuanto a las materias disponibles.

En la materia que nos ocupa es obligado partir de la Sentencia del TS de 22 de abril de 1997 ³⁰⁸, que recoge la que ha venido siendo una constante y punto de partida de la jurisprudencia posterior.

Así la sentencia referida señala, como punto de partida, de vital importancia que, en principio, *“el convenio regulador no ratificado judicialmente debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como «conditio iuris», determinante de su eficacia jurídica”*.

No obstante, distingue el alto Tribunal tres supuestos: En primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; y en tercer lugar, y fundamental, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil.

La Sentencia del TS de 25 junio 1987³⁰⁹ declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial y la Sentencia del TS de 26 enero 1993³¹⁰ añade que la aprobación judicial del Convenio Regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autoregulación de sus intereses querido por las partes.

³⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo num. 325/1997, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3251)

³⁰⁹ RJ 1987\4553

³¹⁰ RJ 1993\365

En el caso resuelto por la sentencia apuntada, los cónyuges habían acordado un reparto de bienes de su régimen económico matrimonial, que en este caso, era de separación de bienes, y sobre éste particular el TS señala que *“este acuerdo séptimo es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, abogados en ejercicio. No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico”*.

Pues bien, siendo este el punto de partida, el propio Tribunal partiendo de la doctrina sentada en la sentencia de 27 de abril de 1997, ahonda en la misma idea en la Sentencia del TS de 27 de enero 1998³¹¹, afirmando que si los pactos contenidos en un Convenio Regulador, no ratificado judicialmente, se desenvuelven dentro de los límites de la autonomía de la voluntad, no puede afirmarse que carezcan de eficacia en virtud de dicha aprobación.

En el mismo sentido, de dar total validez al Convenio Regulador no ratificado judicialmente, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2001³¹².

Al amparo de la doctrina expuesta, no son pocas las sentencias de Audiencias Provinciales que recogen la plena validez y eficacia de los acuerdos referidos a materias de libre disposición recogidas en convenios no ratificados judicialmente.

³¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 27-1-1998, nº 31/1998, rec. 3298/1993. Pte: Almagro Nosete, José (RJ 1998\110).

³¹² Sentencia del Tribunal Supremo, 453/2001, de 14 de mayo de 2001, Rec. 1097/1996.- ponente Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote (RJ 2001\6205).

Así en cuanto a la liquidación de bienes de los cónyuges la Sentencia de la AP de Málaga de 24 de mayo de 2005 ³¹³, establece claramente que *“el documento liquidatorio tiene validez, en cuanto tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico”*.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la AP de Murcia de 18 de enero de 2005 ³¹⁴, que sobre la base de la doctrina de la Sentencia del TS de 27 de abril de 1997, comentada, mantiene que sobre las materias de libre disposición la eficacia obligacional es indiscutible.

En el mismo sentido la Sentencia de la AP de Barcelona de 22 de abril de 2005 ³¹⁵

Por su parte, me parece fundamental en orden a la eficacia respecto a la liquidación de bienes de los cónyuges, la actitud de éstos tras la firma del convenio, independientemente de su ratificación. Es decir, si tras la firma, los cónyuges asumen el contenido de la liquidación, abonando las deudas y tomando posesión de los bienes que se les adjudican, pagando sus gastos de mantenimiento, e incluso, pagando al otro cónyuge las cantidades y reembolsos derivados de la propia liquidación, la eficacia se torna como necesaria.

La Sentencia de la AP de Madrid de 2 de enero de 2004 ³¹⁶, recoge esta idea y le da eficacia y valor a la actitud posterior a la firma que refleja que los cónyuges pretendían vincularse.

³¹³ Sentencia de la AP de Málaga, (Sección 4ª) num. 451/2005, de 24 de mayo, Ponente.- Ilmo. Sr. D. Melchor Hernandez Calvo (JUR 2005\198190).

³¹⁴ Sentencia de la AP de Murcia, num. 13/2005 (Sección 1ª), de 18 de enero de 2005, Ponente.- Ilmo. Sr. D. Alvaro Castaño Penalva (JUR 2005\267696).

³¹⁵ Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 12ª, de 22 de abril de 2005. Ponente.- Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón (JUR 2005\122311)

³¹⁶ Sentencia de la AP de Madrid, Sección 11ª, de 2 de enero de 2004, Ponente.- Ilmo. Sr. D. José María Salcedo Gener (JUR 2004\90260).

Por último, en cuanto a las materias de libre disposición no podemos olvidar la renuncia a la pensión compensatoria realizada en Convenio Regulador no ratificado, que entendemos plenamente válida y eficaz.

Así, la Sentencia de la AP de Castellón de 19 de abril de 2005³¹⁷ señala que el Convenio no ratificado tiene plena eficacia como negocio jurídico entre los firmantes, y por ello les vincula.

De lo anterior se colige que pactado en el Convenio no establecer ninguna pensión compensatoria a favor de la esposa, siendo tal materia de libre disposición para las partes, el pacto debe ser mantenido, sin que, yendo contra sus propios actos, la esposa pudiera pretender la fijación de una pensión compensatoria. De nuevo vemos que se utilizan, combinados, el argumento de la libre disposición de la materia y la de los propios actos ya referida.

Igual de tajante se muestra la Sentencia de la AP de Barcelona de 10 de septiembre de 1999³¹⁸, que da plena eficacia a la pensión compensatoria en especie pactada en el Convenio Regulador.

En el asunto resuelto por la Sala los cónyuges suscribieron un convenio regulador de su separación, en 24 de febrero de 1997, en cuya cláusula sexta pactaron de forma expresa, entre otras medidas, que: *«... el marido cederá a la esposa su mitad indivisa del piso, en concepto de pensión compensatoria... Los gastos que ello ocasione serán satisfechos por mitad»*.

Sostiene la Audiencia que dicho pacto, no constando que exista vicio alguno de la voluntad de los cónyuges, es perfectamente válido y eficaz,

³¹⁷ Sentencia de la AP de Castellón, Sección 2ª, de 19 de abril de 2005.- Ponente Ilma. Sra. Dª. Cristina Doménech Garret (JUR 2005\132330).

³¹⁸ Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18ª), de 10 de septiembre de 1999. Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors (AC 1999\2052).

máxime cuando el mismo se suscribió varios meses después de haberse producido la separación de hecho de los cónyuges e incluso llegando el esposo a presentar la demanda de separación de mutuo acuerdo con el consentimiento de la esposa, aunque luego él no compareciera a presencia judicial a ratificarla.

5.2.- Validez del Convenio Regulador en cuanto a las materias no disponibles.

En cuanto a las materias, en principio, no disponibles por los cónyuges, relacionadas fundamentalmente con materia referidas a los hijos, tales como la guarda y custodia, régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio, alimentos, etc..., la mayor parte de los juzgados y Tribunales mantienen la ineficacia de los acuerdos reflejados en convenio regulador no aprobado judicialmente, habida cuenta de que tratándose de materias de “*ius congens*”, los pactos deben pasar por el control judicial para tener validez; recogen esta idea, entre otros el Auto de la AP de Barcelona de 11 de mayo de 2006 ³¹⁹.

No obstante, la rotundidad de tal afirmación debe ceder ante una nueva línea jurisprudencial que viene abriéndose paso y que parece la más coherente tras la entrada en vigor de la ley 15/2005.

La corriente jurisprudencial a la que me refiero viene reflejada en la Sentencia del TS de 14 de febrero de 2005 ³²⁰, ya citada, que afirma que respecto al valor que pueden tener los convenios de los padres el artículo 39 de la Constitución Española, así como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno filiales -especialmente artículo 154 del Código civil-

³¹⁹ Auto de la AP de Barcelona, num. 111/2006 (Sección 12), de 11 de mayo de 2006 (JUR 2006\271650).

³²⁰ Sentencia del TS, núm. 97/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 14 febrero, Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete RJ 2005\1670

reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad.

Mantiene el TS una idea, que comparto y que enraíza con el trasfondo de la presente tesis y es 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”.

De esta forma, sin perjuicio que respecto de materias no disponibles el acuerdo alcanzado por los cónyuges debe ser aprobado por el juez para tener plenos efectos, no es menos cierto que el juez, siempre y cuando los acuerdos alcanzados no lesionen o pongan en peligro al menor, debe declarar vinculantes dichos pactos, sobre todo si, además, han venido cumpliéndose durante un plazo razonable de tiempo y se ha comprobado su eficacia.

Abogo por tanto, al hilo de esta sentencia, por la sujeción del juez a lo pactado por los padres, salvo dos circunstancias: primera, que lo pactado sea lesivo o perjudique a los menores; segundo, que hayan cambiado, en el momento de tomar la decisión judicial las circunstancias que llevaron a los cónyuges a firmar el convenio regulador, posteriormente no ratificado.

Como cambio de circunstancias me refiero a circunstancias objetivas u objetivables y no un cambio de opinión de uno de los progenitores que puede venir motivado en las circunstancias vitales y afectivas del otro progenitor, o bien puede estar motivado en utilizar a los menores como “moneda de cambio”, para que el otro progenitor acepte otras prestaciones ajenas al contenido indisponible del convenio.

Este el sentir de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 que “se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el Convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida”. En el mismo sentido continúa la EM “consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo, determinarán, en beneficio del menor; como éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurará la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”.

Por ello, sobre la base de la sentencia expuesta y la intención de la reforma, entiendo que debe darse un mayor valor a los acuerdos respecto de los hijos tomados en convenios reguladores, independientemente de su ratificación; si bien, siempre podrán ser sometidos al filtro del juez, si bien el mismo estará vinculado por los pactos que libremente alcancen los cónyuges, siempre y cuando en el momento de dictar sentencia dichos acuerdos no sean lesivos o perjudiciales para los menores.

II.- La mediación familiar y la autonomía de la voluntad: eficacia jurídica del acuerdo de mediación

1.- La mediación familiar.

Una consecuencia más de la autonomía privada es la oportunidad de los cónyuges de acudir a la mediación familiar. Puede entenderse la mediación como el proceso extrajudicial por el que los sujetos del conflicto matrimonial,

con la intervención del mediador, buscan una solución consensuada y dialogada a su crisis familiar³²¹

La importancia de la mediación en Derecho de Familia es actualmente un hecho indiscutible, tanto social como jurídicamente. Tanto los legisladores nacionales como internacionales han puesto su atención en esta forma de solución de conflictos familiares y el desarrollo legislativo es imparable.

Ya desde la Recomendación (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la mediación familiar, aprobada el 21 de enero de 1998, se puso de manifiesto la necesidad de implantarla en todo el espacio europeo.

En este caso, la Recomendación versa sobre la mediación en el ámbito de la familia, ya que el creciente número de rupturas de pareja y el análisis de las consecuencias de los procesos judiciales de las mismas fomentó la preocupación por este tema, y por resolución alternativa de este tipo de conflictos, reduciéndose de este modo las consecuencias negativas de los mismos, no sólo para los adultos, sino también para los menores involucrados en este tipo de rupturas.

Esta Recomendación afirma en su texto que teniendo en consideración las investigaciones en torno al uso de la mediación y de la experiencia de varios países en este campo, la mediación podrá, según afirma la Recomendación:

- Mejorar la comunicación entre los miembros de la familia;
- Reducir los conflictos entre las partes en litigio;
- Dar lugar a acuerdos amistosos;

³²¹ vid, op, cit, LLOPIS GINER J.M. , pag.42

- Asegurar el mantenimiento de las relaciones personales entre los padres y los hijos;
- Reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para las partes y para los Estados;
- Reducir el tiempo necesario para la solución de conflictos.

De la misma forma el punto V que versa sobre la relación que debe existir entre la mediación y los procedimientos ante las autoridades judiciales de los estados u otras autoridades competentes, los estados: 1) reconocerán la autonomía de la mediación y posibilidad de que ésta tenga lugar antes, durante o después de un pronunciamiento judicial 2) establecerán mecanismos con vistas a permitir la interrupción de los procesos judiciales pendientes con el fin de establecer la mediación; 3) asegurarán que las autoridades judiciales de los estados o cualquier otra autoridad competente puedan tomar decisiones urgentes relativas a la protección de las partes, de sus hijos o de su patrimonio; 4) y, por ultimo informarán a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente de que las partes quieren o no la mediación y de si han llegado o no a un acuerdo.

En abril del 2002, la Comisión de las Comunidades Europeas lanza el *“Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”*.

El objetivo de este tipo de publicaciones por parte de los organismos supranacionales es consultar a todos aquellos agentes jurídicos interesados en la cuestión planteada, para que cada uno aporte diferentes soluciones.

Vuelve a incidir este texto en las dificultades de acceso a la justicia por diversas causas, como son la saturación de los tribunales, el aumento de los costes de los pleitos y la dilación en el tiempo de los mismos, acentuándose estas desventajas en litigios transfronterizos.

Es por ello por lo que las *ADR* – “*Alternative Dispute Resolution*” – se configuran como una modalidad que se ha desarrollado en muy poco tiempo, descubriéndose como instrumentos con grandes beneficios, con gran aceptación dentro de la sociedad y cuyos costes no son elevados. Todo esto hay que entenderlo siempre dentro de un sistema complementario al proceso jurisdiccional, y no como opción disyuntiva al mismo.

Otra referencia a la materia que encontramos en el ámbito europeo es en el Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003³²² relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. En el Capítulo IV sobre “Cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental”, en su art. 55, Cooperación en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental, donde se dispone: “...e) *facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*”.

Como expresión de dicha recomendación en territorio nacional la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, prevé varias modificaciones en materia de mediación familiar³²³, así:

En primer lugar se introduce una nueva regla 7.^a al artículo 770 permitiendo que las partes de común acuerdo puedan solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación.

³²² LCEur\2003\4396

³²³ Exposición de Motivos y artículo 770 LEC

En segundo lugar, se modifica el apartado 2 del artículo 777, al que se añade que en el procedimiento de mutuo acuerdo, el escrito iniciador del proceso, junto a la certificación del matrimonio y nacimiento de los hijos, en su caso, y el Convenio Regulador, las partes podrán incluir el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar.

En tercer lugar la Disposición final tercera establece que : *«El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.»* .

Fruto de dicha recomendación se ha aprobado, primero el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, y recientemente la Ley 5/2012 de 6 de julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que deroga aquél.

Si bien, la Ley 5/2012, de 6 de julio, no es propiamente un texto dirigido a la mediación en materia matrimonial, si es perfectamente aplicable a la misma, ya que conforme al artículo 2 no quedan excluidas de su ámbito de aplicación, ni siquiera las materias de orden público o mal llamadas no dispositivas.

En las Comunidades Autónomas se ha aprobado multitud de Leyes de Mediación³²⁴ familiar específicas para el ámbito del Derecho de familia. Todas ellas hacen referencia al acuerdo de mediación.

³²⁴ Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña y Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

.- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia, desarrollada por

Es evidente que la finalidad de la mediación familiar se alcanza cuando las partes en conflicto consiguen llegar a algún acuerdo final. Acuerdo que ha de ser válido y eficaz jurídicamente pues por el mismo las partes quedarán obligadas. Los acuerdos alcanzados tras un proceso de mediación familiar han de catalogarse como negocios jurídicos de Derecho de Familia³²⁵ pues en ellos la autonomía privada y la idea de negocio jurídico cobran un especial protagonismo en la reglamentación de la relación jurídica familiar, si bien, por razón del contenido de los mismos, los límites de la moral y el orden público adquirirían mayor intensidad.

el Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita.

- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

- Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar de Canarias.

- Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.

- Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar en Castilla y León.

- Ley de Mediación Familiar en Baleares, aprobada el 14 de noviembre de 2006.

- Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.

- Ley 3/2007, de 23 de marzo, del Principado de Asturias, de Mediación Familiar.

- Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar. del País Vasco

- Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

- Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears

³²⁵ LÓPEZ SAN LUIS, *“El proceso de mediación familiar y los acuerdos mediados en Tendencias actuales en el Derecho de Familia”*. Almería, 2004, pg. 76. Vid. Díez-Picazo, El negocio jurídico de Derecho de Familia, en RGLJ, Tomo XLIV, 1962, pg. 780.

Queda claro que nos referimos ahora al convenio de mediación que se alcanza al margen de un proceso matrimonial de separación o de divorcio, ya que de lo contrario deberíamos remitirnos en cuanto a su eficacia a la institución jurídica donde contenga, bien en un Convenio Regulador, bien en un acuerdo homologado judicialmente alcanzado en el acto de la vista del proceso contencioso de divorcio, al amparo del artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

La redacción puede realizarse bien en documento privado o bien ante Notario³²⁶, quien lo transcribirá en el correspondiente documento público para, si procede, su posterior inscripción en el Registro público pertinente³²⁷.

La ley 5/2012 de 6 de julio recoge expresamente esta posibilidad en el artículo 23.3 cuando aborda dos importantes cuestiones: la primera es aclarar el carácter vinculante del acuerdo y la segunda que el acuerdo de mediación puede elevarse a escritura pública, para configurar el acuerdo como título ejecutivo.

Resulta, además, importante incidir en la idea de que uno de los principios fundamentales de la mediación familiar es la voluntariedad; así el artículo 6 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, señala que la partes podrán acceder voluntariamente al procedimiento de mediación para la resolución de sus conflictos con independencia de las actuaciones judiciales.

³²⁶ PÉREZ VALLEJO, “El proceso de mediación familiar y los «acuerdos adoptados», en Tendencias actuales en el Derecho de Familia”. Almería, 2004, pg. 67.

³²⁷ PEREZ JIMENEZ, “La mediación Familiar: perspectiva contractual”, Publicado en AC num. 22 2006

De esta forma, pueden iniciar el procedimiento de mediación cuando quieran, es decir, antes, durante o después del procedimiento judicial, lo que tiene su sentido si tenemos en cuenta los importantes problemas de ejecución de resoluciones judiciales que se producen en la práctica de los juzgados de familia.

Pero la voluntariedad no se ciñe a la iniciación del proceso de mediación sino también a su finalización, ya que las partes pueden abandonar el proceso de mediación cuando lo deseen.

En la misma línea el artículo 6 de la Ley 5/2012, recoge la idea de la voluntariedad, siendo ésta una constante, y un reflejo de la libertad de los cónyuges para someterse a la misma.

De esta forma, el reflejo más evidente de la autonomía privada de los cónyuges en el ámbito de la mediación son la voluntariedad y la firma del acuerdo de mediación.

Respecto a este último, las leyes autonómicas por las que se regula la mediación familiar reconocen plena eficacia y validez a dicho acuerdo siempre que concurren los elementos esenciales de los contratos. Así el artículo 26 de la citada Ley Andaluza de Mediación señala que una vez firmados **“Una vez firmados, serán vinculantes, válidos y obligatorios para las partes, siempre y cuando en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos”**.

Es de tal forma vinculante el acuerdo de mediación que incluso la Ley 4/2005, de 24 de mayo de 2005, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla La Mancha en su artículo 24, prevé que las partes puedan compelerse recíprocamente a su elevación a escritura pública, en clara analogía con lo previsto en el artículo 1280 del Código Civil y con la regulación posterior de la mediación de la Ley 5/2012 de 6 de julio.

La mediación familiar puede reflejar la autonomía privada de los cónyuges para solucionar los efectos de su crisis conyugal o, incluso, los de una eventual modificación de medidas tal y como se refleja en el artículo 25 de la Ley de Mediación de Castilla La Mancha, que establece que el procedimiento de mediación pueden utilizarse también para la modificación de medidas ya vigentes y adoptadas judicialmente con anterioridad.

Señala esta norma que los cónyuges podrán presentar los acuerdos ante la autoridad judicial “ *a través del cauce procesal correspondiente*”, lo que claramente se refiere a su incorporación a un Convenio Regulador o al nuevo cauce de homologación judicial de acuerdos previsto en la ley 5/2012 de 6 de julio, al que nos referiremos posteriormente.

Respecto a la eficacia del acuerdo alcanzado ORTUÑO MUÑOZ, señala que *“el acuerdo de mediación alcanzado en un conflicto matrimonial es un acto de naturaleza multidisciplinar que, desde la perspectiva del Derecho, es un negocio jurídico complejo y típico de Derecho de Familia. No se puede calificar a este acuerdo, sin más, como un contrato, puesto que por una parte es mucho más, o por la otra, en el sentido técnico jurídico, puede ser en determinados casos mucho menos”*³²⁸

Por su parte la Ley 5/2012, de 6 de julio ahonda más en el carácter vinculante del acuerdo de mediación, al que se refiere el artículo 23, añadiendo un punto 4 al artículo 23 del RD Legislativo 5/2012 de 6 de marzo, derogado por aquél, señalando que *“contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”*.

ORTUÑO MUÑOZ, *“Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales”*, Coord. Pedro Gonzalez Poveda y Pilar Gonzalez Vicente, Editorial Sepín, 2005, pag.1168

Con todo lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que el acuerdo de mediación es un negocio jurídico de Derecho de Familia entre dos cónyuges, que con carácter general se hayan asesoradas y plenamente conscientes del contenido de los acuerdos, en cuya elaboración ha intervenido al menos un profesional-mediador familiar-, y que son plenamente vinculantes para las partes, sin perjuicio del control judicial en las materias que no sean de libre disposición, y que se deberá limitar a verificar que los acuerdos no son perjudiciales para los menores implicados, sin que quepa su modificación en otro caso, por prevalecer la voluntad de los cónyuges y padres en las decisiones que les afecten a ellos y a sus hijos.

2. La ejecución del acuerdo de mediación en materias no disponibles.

La entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la posterior Ley 5/2012 de 6 de julio, que deroga aquél, supone un marco general de aplicación para la mediación en los asunto civiles, entre los que se encuentran, sin lugar a dudas las materias de Derecho de Familia y, en concreto, las medidas que deben regir tras las crisis matrimoniales.

Antes de dicha normativa, las posibilidades de acuerdo de los cónyuges se limitaban, una vez iniciada la crisis matrimonial, al Convenio Regulador que se acompaña a las demandas de divorcio o separación de mutuo acuerdo, y al acuerdo que pudieran llegar en el acto de juicio previsto en el artículo 774.1 de la LEC 1/2000.

Ambas posibilidades terminan con una sentencia que constituye el título ejecutivo necesario para la ejecución de las medidas en caso de incumplimiento.

Con la Ley 5/2012 de 6 de julio, se introducen dos nuevos títulos ejecutivos, el Auto de homologación del Acuerdo de mediación, previsto en el art.25.4 y la escritura pública que recoge el acuerdo de mediación regulada en los artículos 25.1 y 23.3 in fine.

Para el primero no ha sido necesario reformar la LEC ya que se preveía, como no podía ser de otra manera, el carácter de título ejecutivo del Auto de homologación del acuerdo presentado por las partes. Para la segunda se ha reformado por la disposición final tercera, quince, de la Ley 5/2012 el artículo 517.2º de la LEC, cuya redacción actual pasa a ser *“2.º Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”*.

En las siguientes líneas de este apartado trataré de acercarme a las dos nuevas figuras y en especial su compatibilidad con el preceptivo control judicial a que deben ser sometidas las medidas que no son de libre disposición, principalmente relativas a menores, por ser éste el mayor de los interrogantes que ofrece la nueva normativa.

En definitiva, de lo que se trata es de averiguar si el control judicial de las medidas, con intervención del Ministerio Fiscal, deberá necesariamente ser *ex ante* o es posible un control a posteriori en el caso del Acuerdo de Mediación elevado a escritura pública.

La primera cuestión, antes de empezar el desarrollo de la cuestión planteada es determinar si el la Ley 5/2012, de 6 de julio es aplicable al Derecho de Familia, lo que queda meridianamente claro al referirse el artículo 2 a las materias civiles y no estar expresamente excluido del artículo 2.2.

Dicho lo anterior, los problemas surgen de compatibilizar el régimen de ejecución del acuerdo de mediación con la necesidad del control judicial en relación a las materias no disponibles; fundamentalmente las relativas a menores.

El control judicial es algo que nadie duda, atendido lo previsto en los artículo 90 y 91 del Código Civil y el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal cuando se trate de medidas que afecten a menores, tal y como se prevé en el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, dicho control judicial, que en caso de acuerdo formalizado en un Convenio Regulador, se realiza mediante los trámites previstos en el artículo 777 LEC, no aparece en la formulación del título ejecutivo notarial previsto en el artículo 25 de la Ley 5/2012

Asimismo y respecto al Auto de Homologación del acuerdo, el artículo 19.2 que se refiere a la homologación judicial prevé su aprobación si no es contrario al "*interés general o de tercero*", lo que a todas luces incluye el interés del menor.

Respecto a la intervención del Ministerio Fiscal cabría en todo caso su intervención en base al artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal regulado en la Ley 5/1981, de 30 de diciembre, que prevé entre las misiones del Ministerio Público su intervención en los procesos civiles cuando esté comprometido el interés social o puedan afectarse los derechos de personas menores, incapaces o desvalidas, en tanto en cuanto no se provean de los medios ordinarios de representación.

De este modo, la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de ejecución de acuerdos de mediación presentados por las partes para su

homologación judicial podría consistir en que se le diera traslado del acuerdo, antes de la homologación, e informase por escrito como establece su Estatuto Orgánico que señala que *“Con carácter general, la intervención del fiscal en los procesos podrá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse a través de medios tecnológicos, siempre que aseguren el adecuado ejercicio de sus funciones y ofrezcan las garantías precisas para la validez del acto de que se trate. La intervención del fiscal en los procesos no penales, salvo que la ley disponga otra cosa o actúe como demandante, se producirá en último lugar”*.

Tal y como señalamos al tratar los acuerdos prematrimoniales, así como el Convenio Regulador, respecto a las materias en principio no disponibles el juez, siempre y cuando los acuerdos alcanzados no lesionen o pongan en peligro al menor, debe declarar vinculantes dichos pactos.

Dos son las circunstancias que señalé podían ser justificativas de la intervención judicial y de la ineficacia de los pactos: en primer lugar, que lo pactado sea lesivo o perjudique a los menores; en segundo lugar, que hayan cambiado, en el momento de tomar la decisión judicial las circunstancias que llevaron a los cónyuges a realizar los acuerdos prematrimoniales.

Como cambio de circunstancias me refería a circunstancias objetivas u objetivables y no un cambio de opinión de uno de los progenitores que puede venir motivado por multitud de motivaciones ajenas al interés prioritario de los menores.

La idea expuesta se colegía del sentir de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 y de la Sentencia del TS de 14 de marzo de 2005³²⁹.

³²⁹ Sentencia del TS núm. 97/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 14 febrero, Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete

Dicho lo anterior, pasaré a analizar el control judicial en los procesos de ejecución respecto a las medidas relativas a menores de edad incorporadas a un Acuerdo de Mediación elevado a escritura pública. Caben a mi juicio dos opciones, atendido el texto de la Ley 5/2012:

En primer lugar entender que, sin perjuicio de lo que se pacte en el acuerdo de mediación, si hay medidas relativas a menores, respecto a éstas deberán incorporarse a un Convenio Regulator y pasar por el control judicial a través de los trámites del artículo 777 LEC.

En segundo lugar, realizar el control judicial a posteriori a través de la oposición a la ejecución y mediante una interpretación amplia de las causas de oposición respecto a medidas que afectan a menores y al interés del menor.

Respecto a esta segunda opción, lo primero que llama la atención es que la modificación de la LEC por la Ley 5/2012 trata a los acuerdos de mediación como títulos judiciales a los efectos de oposición a la ejecución.

Así, ahora el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ahora pasa recoger el acuerdo de mediación, sin distinción de si se ha realizado la mediación intrajudicial o al margen del juzgado, junto a las resoluciones judiciales o arbitrales.

Ello tiene importancia ya que, si ello es así, cabría aplicarle toda la jurisprudencia que sobre la oposición a la ejecución en materia de crisis matrimoniales existe y que supone la posibilidad de que por aplicación del artículo 91 del Código Civil el juez puede establecer medidas relativas a separación y divorcio.

Recordar que el artículo 91 del Código Civil establece que el juez, en ejecución de las sentencias de separación, nulidad o divorcio puede adoptar las

medidas relativas a los menores de edad que considere conveniente o modificar las medidas adoptadas con anterioridad. Si bien es cierto que en la práctica la modificación de las medidas en los procesos de ejecución suele reducirse a cuestiones menores, reservando el proceso de modificación de medidas previsto en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también es cierto que en muchos juzgados, por economía procesal y rapidez se utiliza el proceso de ejecución, realizando el juez el control judicial necesario y, modificando éste las medidas si es necesario para garantizar el interés de los menores.

Es bastante frecuente encontrar en la práctica que en las ejecuciones de títulos judiciales (Auto de Medidas o Sentencia), encontramos que los tribunales no se limitan a las causas de oposición expresamente previstas en el artículo 556 de la LEC, esto es, el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente, sino que están abiertas a la modificación de éstas si con ello se ve comprometido fundamentalmente el interés de los menores o se comprueba que las medidas acordadas por las razones que sean pueden perjudicarles, todo ello sobre la base del precitado artículo 91 del Código civil y del 158 que genéricamente prevé la posibilidad de que el juez acuerde medidas en cualquier procedimiento a fin de evitar un perjuicio a los menores.

Ello ocurre por ejemplo cuando fijado un determinado régimen de visitas los menores, motivada y justificadamente deciden no cumplirlo por su voluntad, siendo el criterio jurisprudencial estimar la oposición si esto es así, adaptándolo en ejecución de sentencia a esta circunstancia (entre otras, la Sentencia de la AP Barcelona, de 10 de julio³³⁰; Sentencia de la Audiencia Provincial de La

³³⁰ Auto de la AP Barcelona, Sec. 18.ª, 188/2008, de 10 de julio, Recurso 985/2007. Ponente: MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE (JUR 2008\315162)

Coruña de 18 de febrero de 2009³³¹; y Sentencia de la AP Las Palmas de 1 de febrero de 2008³³²).

Dicho lo anterior, siendo la voluntad del legislador la creación de un nuevo título ejecutivo, el Acuerdo de Mediación elevado a escritura pública, y estando clara la eficacia de la autonomía de la voluntad de los padres sobre sus hijos, con el debido control judicial de las medidas, no veo inconveniente en permitir su ejecución directa, incluidas las materias relativas a los menores, produciéndose el control a posteriori en caso de oposición a la ejecución del acuerdo de mediación sobre la base de los artículo 91 y 158 del Código civil.

Nada obsta, a mi juicio, para que el control judicial de los acuerdos se realice a posteriori, por dos razones fundamentales: 1) la primera es que estando casados los cónyuges ostentan la patria potestad y no necesitan de la autorización judicial previa para tomar decisiones respecto de sus hijos. Por ello, estando vigente la patria potestad tras la ruptura, no veo razón alguna que justifique un control judicial *ex ante*, limitándose su intervención en caso de que exista perjuicio para los menores 2) en segundo lugar, incluso en las crisis matrimoniales lo normal es que el ejercicio de la patria potestad sea compartido, por lo que incluso en estos supuestos la decisiones más relevantes sobre los menores las toman los padres de consuno y sólo cuando no se ponen de acuerdo es cuando interviene el juez.

³³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª de 18 de febrero de 2009.- ponente.- Ilmo Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg (JUR 2009\189268)

³³² Sentencia de la AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, 42/2008, de 1 de febrero, Recurso 505/2007. Ponente: FRANCISCO JAVIER JOSE MORALES MIRAT (JUR 2008\192613).

III.- Acuerdos adoptados fuera del Convenio regulados en el Derecho Catalán.

Junto a el Convenio regulador, el artículo 233 5. de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, regula los pactos fuera de convenio regulador.

Se refiere a ellos el citado artículo, en contraposición a los adoptados en previsión de la ruptura matrimonial, y a los que ya hemos hecho referencia, al hablar de los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador.

Lo primero que señala el artículo 233.5 de la ley 25/2010, de 29 de julio es que dichos pactos *“vinculan a los cónyuges”*.

Esta fuerza vinculante se coherente con la interpretación realizada en anteriores páginas, respecto a la eficacia vinculante del Convenio Regulador no ratificado judicialmente.

Pero, la ley catalana va más allá y señala que la acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia.

De la misma forma también puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede.

Aunque posteriormente nos referiremos a la nulidad, anulabilidad y rescisión de los pactos, es muy interesante lo regulado en el número 2 del artículo citado ya que se prevé o se adelanta a la posibilidad de que el

consentimiento de los cónyuges al firmar dichos pactos se encuentre viciado por encontrarse inmersos psicológicamente en proceso de ruptura.

Por ello, siempre que no intervenga letrado, independiente para cada uno de los cónyuges, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconvención en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer.

Por último, el derecho catalán recoge la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los pactos de guarda y relaciones personales con los hijos menores, de manera que sólo serán eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento.

Entiendo que, dicha cláusula es aplicable no sólo a las cláusulas relativas a los pactos de guarda y relaciones personales sino a todos los pactos, incluyendo las materia que son de libre disposición para los cónyuges como la renuncia a la pensión compensatoria, tal y como me he pronunciado anteriormente.

CAPITULO CUARTO.- LA INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS PACTOS DE LOS CONYUGES EN SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA.

Los pactos de los cónyuges, como negocios jurídicos de Derecho de Familia tienden a provocar determinados efectos que, naciendo de la autonomía privada, producen obligaciones para las partes.

No obstante lo anterior, siendo cierto con carácter general que los pactos nacen eficaces y para ser cumplidos, en ocasiones los mismos son inválidos, o lo que es lo mismo nulos o anulables.

De la misma forma algunos pactos son ineficaces, es decir, nacen válidos, pero el ordenamiento jurídico permite a ciertas personas que les perjudica, declararlos ineficaces o rescindirlos.

Sin entrar más de lo necesario en estas distinciones por tratarse este un capítulo centrado en la vertiente más práctica o de derecho aplicado que de disertaciones teóricas, no podemos dejar de partir de aclaraciones terminológicas necesarias para, tras el análisis de la jurisprudencia existente sobre la invalidez de los pactos en materia matrimonial, descubrir cómo en muchas ocasiones se mezclan conceptos y se tiende a una unificación entre nulidad y anulabilidad en función del grado o severidad del vicio que se produce sobre la voluntad emitida.

Que la voluntad emitida esté libre de todo vicio o defecto es de vital importancia ya que, de la misma forma que hemos afirmado que la autonomía de la voluntad es reflejo de la apuesta del poder político por la libertad del individuo, cualquier vicio en aquella afectaría de manera nuclear al derecho del

individuo a su autodeterminación como ser humano libre, haciendo de su libertad una mera apariencia sin contenido.

En este capítulo haré un breve repaso de aquellos supuestos más frecuentes en la jurisprudencia tratando de extraer unas líneas generales o notas comunes que faciliten la viabilidad de la nulidad, anulabilidad o rescisión de los convenios o algunas de sus cláusulas, bien mediante acción o bien mediante excepción.

Como he adelantado anteriormente trataré de huir de reflexiones teóricas acerca de las figuras de la nulidad, anulabilidad y rescisión, centrándome en los supuestos más frecuentes que, extraídos de la más reciente jurisprudencia, son planteados ante los tribunales de justicia en relación a negocios jurídicos de derecho de familia suscritos por los cónyuges.

I.- Nulidad de los negocios jurídicos de Derecho de familia relativos a las crisis matrimoniales en la jurisprudencia.

La nulidad es la clase de invalidez que opera *ipso iure* o de pleno derecho y, en consecuencia, no precisa de ser declarada judicialmente, ni exige la previa impugnación del acto al que afecte (*quod nulum est, nulum effectum producit*)³³³, ya que el contrato carece de uno, o varios de los elementos esenciales previstos en el artículo 1261 del Código civil.

No obstante, ante la negativa de una de las partes a su declaración, y habida cuenta de que se ha creado una cierta apariencia de contrato, resulta necesaria su declaración judicial, a los efectos fundamentales de que lo pactado no tenga eficacia.

³³³ DE PABLO CONTRERAS, “Curso de Derecho Civil (II), Derecho de obligaciones, Coordinador MARTINEZ DE AGUIRRE, Colex 2008 , pag 490

Entre las causas de nulidad más habituales de los negocios de Derecho de Familia encontramos la falta de consentimiento por ausencia de capacidad de uno de los cónyuges y la simulación.

1. Nulidad por falta de consentimiento.

En la práctica judicial encontramos algunos supuestos en los que se pretende la nulidad radical del negocio jurídico de derecho de familia, sobre todo de convenios reguladores, por falta de capacidad de uno de los cónyuges para prestar consentimiento.

La alegación de este motivo choca normalmente con la presunción de capacidad del cónyuge que pretende la nulidad prevista en los artículos 199, 200 y 322 del Código Civil, de forma que se torna fundamental una prueba cumplida de que en el momento de firma el cónyuge tenía anulada completamente su capacidad estando en unas condiciones tales que le impedían entender y aceptar el acuerdo.

En estos casos se suelen alegar la tensión emocional y el estrés propios de la crisis conyugal, estando condenada en la mayoría de las ocasiones al fracaso.

Así, desestiman la nulidad, entre otras, la Sentencia de la AP La Coruña, de 20 de marzo de 2009³³⁴ que afirma que no invalida la eficacia del convenio suscrito entre los cónyuges la falta de libertad por una presión psicológica no probada ni aunque haya sido firmado 4 días después de la ruptura.

En el supuesto de hecho resuelto por la sentencia citada los cónyuges suscriben un documento privado de 28 de diciembre de 2006. Se cuestiona la

³³⁴ Sentencia de la AP A Coruña, Sec. 4.ª, 141/2009, de 20 de marzo, Recurso 40/2009. Ponente: CARLOS FUENTES CANDELAS (JUR 2009\207254).

validez del acuerdos por presuntas presiones psicológicas y la Sala las rechaza fundamentalmente porque; en primer lugar no se acreditan, siendo por tanto, éste un requisito insalvable ya que las presiones psicológicas no se presumen; en segundo lugar, se trata de un documento muy completo y elaborado en sus diversas cláusulas, habiéndolo firmado en sus dos páginas la esposa que luego trata de impugnarlo; en tercer lugar la esposa es una persona formada y con acreditada experiencia en el mundo de los negocios, con una pluralidad de empresas o sociedades de su titularidad o bajo su gestión y control y en cuarto lugar, se ha venido haciendo cumplimiento cantidades estipuladas en el propio convenio, incluso después de interpuesta la demanda para instar su nulidad.

En el mismo sentido la Sentencia de la AP Cádiz de 13 de abril de 2007³³⁵, donde, se plantea ante el Tribunal la nulidad debida a un problema psicológico de uno de los firmantes.

En concreto se plantea si un trastorno dísmico o estado depresivo leve y la ingesta de serotax (antidepresivo), determina que la capacidad intelectual y/o volitiva se encuentra anulada como para no saber que se está en un proceso de separación donde las responsabilidades de cada uno se van a definir.

En este caso el Tribunal resuelve el asunto acudiendo a las circunstancias de la firma del acuerdo; así tiene en cuenta que la esposa estaba debidamente asesorada por un letrado distinto del que tenía el esposo por lo que difícilmente puede desdecirse de sus propios actos cuando en su momento consintió un convenio, libre y conscientemente. Asimismo la Sala tiene en cuenta la circunstancias de que sólo se pretende la anulación de una cláusula, la que constata la renuncia a la pensión compensatoria, la única que en puridad le resulta, aparentemente, desfavorable a la esposa, y por último que la ingesta de un antidepresivo antes de la firma del documento no sólo no

³³⁵ Sentencia de la AP Cádiz, Sección 5ª, núm. 214/2007, de 13 abril, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Romero Navarro (JUR 2007\201998).

determina la nulidad sino que supone una razón más para denegar tal motivo ya que siendo un medicamento para combatir la depresión algún efecto beneficioso le produciría.

A diferencia de las anteriores sentencias comentadas la Sentencia de la AP León de 8 de octubre de 2007 ³³⁶, declara nula la renuncia a la pensión compensatoria realizada en un convenio regulador.

En el caso resuelto la esposa, en el momento en el que firmó el convenio se encontraba en un estado de ansiedad agudo por lo que el convenio lo tuvo que suscribir en una situación de escasa estabilidad emocional, sin que existiera otra razón para dudar de dicha afectación. De esta forma en este caso sí se acredita la existencia de un trastorno que puede afectar a la voluntad, lo que considera suficiente la Sala para decretar la nulidad solicitada.

Vemos, por tanto que la casuística es variada, concluyendo que, con carácter general la falta de consentimiento que determina la estimación de la acción de nulidad, deberá ser cumplidamente acreditada, sin que quepa presumirla. No obstante, serán las circunstancias concurrentes las que determinen la existencia o no del vicio.

2. Nulidad por simulación.

La simulación hace nulo el negocio jurídico de derecho de familia por falta de causa.

Como todo lo que tiene que ver con la causa, la prueba directa es de gran dificultad, debiendo partir de la prueba de presunciones. Se ha dicho que las presunciones son operaciones intelectuales que consisten en tener como

³³⁶ Sentencia de la AP León núm. 277/2007 (Sección 1), de 8 octubre, Recurso de apelación num. 106/2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Rodríguez López (JUR 2008\79202).

cierto un hecho, denominado hecho presunto, a partir de la fijación formal de otro hecho denominado hecho base, que debe haber sido probado.

Como señala la Sentencia del TS de 21 de diciembre de 2004 ³³⁷ a falta de pruebas directas las presunciones son muy importantes como conjunto de indicios para apreciar la existencia de simulación.

Precisamente es muy frecuente que los intervinientes procuren no dejar huellas de la realidad por que normalmente se carecerá de prueba directa.

Así las cosas, será necesario acreditar una serie de indicios que lleven al juzgador a declarar nulo el convenio entre los cónyuges por falta de causa o causa ilícita, siendo el supuesto más frecuente de ésta última el fraude de derechos legitimarios o de derechos de acreedores.

En esta línea la Sentencia del TS de 8 de junio de 2006 ³³⁸, que confirma la sentencia de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 25 de junio de 1999 en el Rollo de apelación núm. 1.048/1998, declara que las desposesiones patrimoniales realizadas por el marido a favor de su esposa mediante un convenio de separación, aprobado judicialmente, en pago de la pensión compensatoria, deben declararse nulas de conformidad con lo dispuesto en el art. 1276 del Código civil, bien por inexistencia de causa, bien por tener causa ilícita, al responder al único propósito de defraudar los derechos de los acreedores.

Tener en cuenta que la nulidad del negocio puede tener problemas de legitimación cuando es uno de los cónyuges el que la reclama habiendo simulado un convenio en connivencia con el otro cónyuge, tal y como se afirma

³³⁷ Sentencia del TS núm. 826/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 21 diciembre, recurso 2540/2004 (RJ 2010\297)

³³⁸ Sentencia del TS núm. 592/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 8 junio, Recurso de Casación 3843/1999.- Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2006\2406)

en la Sentencia de la AP Barcelona de 19 de noviembre de 2009 ³³⁹ que señala que no se puede considerar nulo un convenio regulador y la sentencia que lo aprueba alegando que lo pactado sobre el piso se hizo solo para poner la vivienda familiar a salvo de las acciones contra el marido.

No obstante, respecto a la legitimación, el Tribunal Supremo ya ha admitido la legitimación activa de cualquiera, incluso tercero, que tenga interés legítimo ³⁴⁰. De esta forma el propio causante de la nulidad podría, a mi juicio atacar la validez del pacto.

Por último referirnos a la Sentencia de la AP Barcelona de 18 febrero 2002 ³⁴¹, que deniega la nulidad por simulación de un Convenio Regulador por cuanto se alegaba que el verdadero convenio no era el presentado sino uno anterior.

Así, al igual que la falta de consentimiento, la nulidad por simulación requerirá de la cumplida prueba de los indicios sobre los que se sustente, siendo más numerosos los casos en los que se trata de proteger los bienes familiares de los acreedores de uno de los cónyuges. De esta forma, ante una situación de insolvencia de uno de los cónyuges los acreedores tratarán de declarar la nulidad por simulación de aquellos acuerdos o pactos a través de los cuales los cónyuges hayan provocado la salida de bienes del patrimonio del insolvente.

II.- Anulabilidad de los negocios jurídicos de Derecho de Familia relativos a la crisis matrimonial.

³³⁹ Sentencia de la AP Barcelona, Sec. 16.ª, 594/2009, de 19 de noviembre Recurso 450/2008. Ponente: Inmaculada Concepción Zapata Camacho (JUR 2010\44127)

³⁴⁰ Sentencia del TS, Sala 1ª, de 21 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8095)

³⁴¹ Sentencia de la AP Barcelona (Sección 12) de 18 febrero 2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón (JUR 2002\135976)

En la anulabilidad, a diferencia de la nulidad radical, la ley otorga a uno de los firmantes del contrato la facultad de impugnarlo o de confirmarlo³⁴².

Resulta importante la distinción entre nulidad y anulabilidad por cuanto fundamentalmente la acción de nulidad es imprescriptible, mientras la de anulabilidad es de 4 años y la de nulidad es apreciable de oficio, a diferencia la de anulabilidad que debe ser alegada por parte de quién quiera hacerla valer.

Por su parte, los motivos de anulabilidad son el error, el dolo y la violencia e intimidación tal y como se preceptúa en los artículos 1300 a 1314 del Código Civil.

Del examen de las sentencias que aplican la invalidez de pactos de Derecho de Familia, se observa que a veces no es fácil la distinción ya que, en ocasiones, las causas de anulabilidad son de tal entidad que podría alegarse una nulidad radical del consentimiento.

Veamos una selección de supuestos relativos a la anulabilidad que llevará a enriquecer los comentarios teóricos que les preceden.

1.- Anulabilidad por error.

El error es la falsarepresentación de la realidad de las cosas que conduce a quién lo padece a emitir una declaración de voluntad que, en otro caso no hubiese hecho. No todo error es invalidante ya que conforme al artículo 1266 del Código Civil, para que el error invalide el negocio debe ser sustancial, lo que supone que afecte a la sustancia de la cosa o a las condiciones de ésta que hubiesen motivado la celebración del pacto o acuerdo.

³⁴² vid,op,cit, DE PABLO CONTRERAS, “Curso de Derecho Civil.....”, pag. 164

Entrando ya en la aplicación jurisprudencial del Derecho sustantivo referido, nos referiremos a la Sentencia de la AP Huesca de 19 de mayo de 2005 ³⁴³, que deniega la anulabilidad por error.

Se alegaba que la depresión sufrida por uno de los firmantes produjo en éste un error, señalando la Sala que nada tiene que ver el estado de ánimo con la capacidad intelectual para entender el alcance de las decisiones que se toman.

Bien podría haberse tratado este supuesto como nulidad por falta de consentimiento, si bien, se elige alegar el error por la parte impugnante.

Continuando con la citada Sentencia, argumenta el Tribunal que el error es el falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida y que conforme a reiterada jurisprudencia, es un requisito fundamental que no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas.

Así la Sala introduce uno de los requisitos que deben concurrir para estimar el error como causa de anulabilidad: el requisito de la excusabilidad.

Dicho requisito tiene por función impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración.

³⁴³ Sentencia de la AP Huesca núm. 136/2005 (Sección 1), de 19 mayo, Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Serena Puig (JUR 2005\133855)

Es decir, resulta importante, al analizar la concurrencia del error, que el que lo padece lo haya podido evitar con una cierta diligencia. De esta forma, en la práctica, será una vía clara de defensa acreditar que la parte que alega error estaba asesorada y conocía o podía conocer los datos cuyo conocimiento erróneo alega.

Continuando con la jurisprudencia que aplica el error a negocios jurídicos de Derecho de Familia, nos referiremos a la Sentencia de la AP Granada de 17 de febrero de 2003 ³⁴⁴, en la que se estima el error como causa invalidante de unas capitulaciones matrimoniales.

En este caso, se determina la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales por error de la esposa y dolo del esposo que hace que la esposa desconozca que lo que firma es la separación de bienes. Se trataría en definitiva de un error provocado por el esposo que lleva a engaño a la esposa sobre lo que firma. Dicho error, una vez acreditado es susceptible de provocar la anulabilidad de los pactos.

2.- Anulabilidad por dolo.

Tal y como afirma DE PABLO CONTRERAS, *“El dolo consiste en un error provocado por la actuación maliciosa dirigida a inducir en el ánimo del declarante una falsa representación de la realidad que le impulsa a emitir una declaración de voluntad que, sin aquella actuación no habría emitido”*.³⁴⁵

La Sentencia del TS de 29 de diciembre de 1999³⁴⁶ recoge los elementos necesarios para que el dolo sea apreciado, y que son plasmados en

³⁴⁴ Sentencia de la AP Granada núm. 142/2003 (Sección 3), de 17 febrero, Recurso de Apelación núm.841/2002. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Jiménez Burkhardt (JUR 2003\116470)

³⁴⁵ vid ,op,cit, DE PABLO CONTRERAS, “Curso de Derecho Civil.....”, pag. 164

³⁴⁶ Sentencia del TS de 29 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9380)

la Sentencia del TS de 11 de mayo de 1993³⁴⁷, como son: a) una conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial, b) que la otra voluntad negociadora quede viciada en su libertad y conocimiento por tal conducta, c) que todo ello determine la actuación negocial, d) que sea grave y e) que no se haya causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes

El dolo viene recogido en el artículo 1269 del Código Civil y requiere el de un engaño por una de las partes, no de un tercero. Así el dolo queda limitado al engaño de uno de los dos cónyuges, ya que si proviene de una tercera persona no produce el efecto invalidante.

Asimismo el artículo 1270 del Código Civil establece que el dolo debe ser grave y no haber sido empleado por ambas partes del pacto.

De esta forma junto al engaño, se añade el requisito de gravedad, lo que implica que haya sido determinante de la declaración de voluntad.

Dicho lo anterior, deniega la anulabilidad por dolo entre otras la AP León, de 13 de marzo de 2006.³⁴⁸

En esta sentencia la esposa alega dolo del marido ya que, según ésta, el esposo le había exhibido una nómina falsa, y alega que esa fue la razón para firmar el Convenio Regulador; posteriormente descubre el engaño y trata de anular el Convenio Regulador alegando dolo.

La Sala argumenta que no queda acreditado que el marido presentase una nómina falsa que determinara el consentimiento de la esposa para firmar un Convenio Regulador con una determinada cuantía de pensión de alimentos.

³⁴⁷ Sentencia del TS de 11 de mayo de 1993 (RJ 19933539)

³⁴⁸ AP León, Sec. 2.ª, 71/2006, de 13 de marzo, Recurso 304/2005. Ponente: Alberto Francisco Álvarez Rodríguez (JUR 2006\132781)

De la misma forma en la sentencia de la Sentencia de la AP Ciudad Real, de 3 de mayo de 1999³⁴⁹, en el cual alegaba la esposa dolo por parte del esposo que había escondido parte del patrimonio, mintiéndole, según ella, sobre la importancia de una yeguada o cuadra de potros.

De nuevo en este caso, la intervención de letrado en la redacción del Convenio por parte de la parte impugnante limita las posibilidades de éxito de la acción.

Por otra parte resulta muy interesante e incluso didáctica la Sentencia de la Audiencia de Las Palmas de 29 de enero de 2004³⁵⁰.

Se afirma en la meritada resolución que en el concepto legal del dolo caben distinguir dos elementos: uno, subjetivo, como voluntad o deseo de orientar la voluntad de la contraparte en un determinado sentido o infracción voluntaria de un deber jurídico que pesa sobre la parte que lo produce (elemento subjetivo); y otro, material u objetivo, integrado por el medio o los actos externos, omisiones o silencios a través de los cuales se realiza o manifiesta el elemento subjetivo.

Incluye esta sentencia un elemento muy importante, a mi juicio, por su frecuencia práctica, y es cuando no se produce una insidia o maquinación directa, sino cuando se produce una reticencia en el que calla, elemento éste ya puesto de manifiesto en la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2001³⁵¹.

En el supuesto resuelto por la meritada sentencia se declara la anulabilidad por dolo por cuanto el esposo había minusvalorado los bienes

³⁴⁹ Sentencia de la AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, 123/1999, de 3 de mayo Recurso 397/1998.
Ponente: Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo (AC 1999\5400)

³⁵⁰ Sentencia de la Audiencia de Las Palmas, 65/2004, recurso 529/2003, Sección 4ª, de 29 de enero, Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Manrique de Lara Morales

³⁵¹ Sentencia del TS de 6 de febrero de 2001 (RJ 20011005)

incorporados a la escritura de capitulaciones matrimoniales y había ocultado otros bienes valiosos a la esposa.

De todo ello deduce el Tribunal que el consentimiento de la esposa estaba viciado por el dolo del esposo.

3. Anulabilidad por violencia o intimidación.

Respecto a la anulabilidad por violencia o intimidación, debemos partir del artículo 1267 del Código Civil. Respecto a la violencia se trata de supuestos de fuerza o coacción física. En la práctica, sería muy difícil distinguir entre supuestos de fuerza que no anularán completamente la voluntad del sujeto, siendo, en todo caso, supuestos de nulidad radical y no de anulabilidad.

Más importancia práctica en materia de crisis matrimoniales tienen los supuestos de intimidación, sobre todo en el ámbito de la violencia doméstica.

Son requisitos de la intimidación los siguientes:

Primero.- la amenaza del mal debe ser inequívoca y que la producción del mal que se anuncia dependa de la voluntad del que lo profiere

Segundo.- Que sea inminente y grave y que se refiera a la persona o bienes del esposo/a o familiares cercanos.

No puede tratarse, con carácter general, la amenaza del ejercicio de un derecho. Por ejemplo, pedir la custodia de los hijos, así como tampoco el temor reverencial o temor a desagradar al esposo/a

Tercero.- Que el miedo que se acuse sea determinante de la declaración de voluntad.

No ha sido frecuente la alegación de este motivo; si bien, con la popularización de los casos de violencia sobre la mujer, se observa un incremento de sentencias que resuelven casos en los que concurre algún grado de violencia o intimidación en el momento de la firma del convenio.

De esta forma, estima la anulabilidad por este motivo la Sentencia de la AP Ourense de 12 de febrero de 2000³⁵², que es a su vez ratificada por la Sentencia del TS de 15 de enero de 2004³⁵³

Se fundamenta la sentencia en varias declaraciones testificales que sostienen que el esposo tenía totalmente anulada la capacidad de decisión de la esposa a la que amenazaba constantemente con matar a su familia y suicidarse.

Además de lo anterior se daba la circunstancia de que el esposo había sido condenado por agredir al hijo común con un hacha al levantarse de la mesa tras un almuerzo familiar. El carácter violento del esposo, junto a las pruebas testificales determinan una cumplida prueba de una intimidación susceptible de afectar la voluntad de la esposa a la hora de firmar el acuerdo.

Al carácter violento del marido la Sala añade que ello debe ponerse en relación con la doctrina sobre la prueba de la intimidación y a la importancia de que ostentan la prueba indirecta, como son la realización de negocios jurídicos notoriamente perjudiciales para el patrimonio del supuesto sujeto pasivo de la intimidación, como así efectivamente acaece con las capitulaciones matrimoniales estipulada en notorio quebranto de los intereses de la esposa.

³⁵² Sentencia de la AP Ourense (Sección Unica) de 12 febrero 2000, recurso 661/1999.-
ponente Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Godoy Méndez (AC 2000\158)

³⁵³ Sentencia del TS de núm. 1/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 15 enero,
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2004\202).

No obstante, la mayoría de las sentencias desestiman la alegación de intimidación. Así la Sentencia de la AP Barcelona de 22 de mayo de 2003 ³⁵⁴; la Sentencia de la AP Madrid de 29 de abril de 2005 ³⁵⁵; la Sentencia de la AP de Murcia de 17 de septiembre 2009 ³⁵⁶; y la Sentencia de la AP Tarragona de 7 de septiembre de 2005³⁵⁷, ésta última que hace hincapié en la necesidad de que entre la violencia o la intimidación y el negocio cuya anulabilidad se pretende concorra una relación de causa-efecto, o lo que es lo mismo que la violencia o intimidación tengan como fin la realización de un determinado negocio o de determinadas condiciones del mismo.

III.- Rescisión por lesión en más de una cuarta parte de la liquidación de la sociedad de gananciales.

La regulación de la rescisión por lesión en más de una cuarta parte aparece en el Código Civil en sede de partición hereditaria. De esta forma, el artículo 1074 del Código Civil establece que podrán ser rescindidas las particiones si se produce lesión en más de una cuarta parte a alguno o varios herederos, teniendo en cuenta el valor que tenían las cosas cuando fueron adjudicadas.

Dicho precepto sería aplicable a la liquidación de las sociedades de gananciales por la remisión realizada por el artículo 1410 del Código Civil así como por la referencia genérica establecida en el artículo 1291. 5ª del Código Civil.

³⁵⁴ Sentencia de la AP Barcelona núm. 421/2003 (Sección 12), de 22 mayo, rec.119/2003, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales (JUR 2004\54925).

³⁵⁵ Sentencia de la AP Madrid núm. 266/2005 (Sección 25), de 29 abril, rec. 250/2004, Ilmo. Sr. D. Carlos López-Muñiz Criado (JUR 2005\164091)

³⁵⁶ Sentencia de la AP de Murcia, Sección 4ª, de 17 de septiembre 2009.- ponente.- Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Dinader (JUR 2009\436850)

³⁵⁷ Sentencia de la AP Tarragona , 364/2005, rec. 102/2005, de 7 de septiembre Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan (JUR 2006\51697)

La acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte es una acción que caduca a los 4 años. El *dies a quo* del plazo comenzaría, según el artículo 1076 del Código Civil el momento en que se hiciera la partición, es decir, aplicándolo a las liquidaciones de gananciales, el momento en que se hiciera la liquidación.

Cuando la liquidación se realiza en capitulaciones matrimoniales, que disuelven el régimen económico matrimonial, al amparo del artículo 1392 del Código Civil, o en cualquier documento una vez disuelto el matrimonio (separación o divorcio, muerte de uno de los cónyuges, etc..) a dicha fecha habrá que estar; no obstante los problemas se plantean en la práctica cuando la liquidación se realiza mediante un Convenio Regulador que posteriormente debe ser ratificado en el juzgado por los cónyuges y posteriormente debe dictarse sentencia.

De esta forma la primera cuestión será determinar cuál será la fecha inicial del plazo de caducidad en estos casos.

Según la Sentencia del TS de 27 de marzo de 2006³⁵⁸, parece deducirse que el plazo de caducidad (no cabe interrupción) debe contarse desde la aprobación judicial del Convenio mediante la sentencia.

No obstante en sede de Audiencias Provinciales encontramos alguna Sentencia como la de la AP de Granada de 14 de septiembre de 2007³⁵⁹ que señala que la fecha inicial será la de la suscripción del convenio y no la de la sentencia que lo homologó.

³⁵⁸ RJ 2006\1817)

³⁵⁹ AP de Granada, Sección 5ª de 14 de septiembre de 2007 (JUR 2008\23687)

Por otra parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2004³⁶⁰, estima como fecha inicial del cómputo del plazo de caducidad, la fecha de la escritura de capitulaciones matrimoniales, habiéndose firmado un convenio regulador anterior, que hacía referencia a dicha escritura de capitulaciones matrimoniales futura, concluye el TS que es la fecha de dicha escritura la que hay que tener en cuenta. Dice el Alto Tribunal “*carecería de sentido el otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales, si la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se había consumado en el convenio regulador*”.

A mi juicio, cuando la sociedad de gananciales se liquida por Convenio Regulador, el *dies a quo* para la rescisión debe ser la fecha de la sentencia que homologa dicho acuerdo, cuando antes no se ha disuelto el régimen económico matrimonial.

La razón fundamental que apoya mi tesis es que antes no es posible la liquidación por cuanto no cabe ésta sin la disolución del régimen económico matrimonial y esta circunstancia se produce con la sentencia; así disolución y liquidación coinciden en el tiempo.

Por ello, el Convenio Regulador, hasta que no es homologado, es una Propuesta del mismo, conforme al artículo 777.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y sin perjuicio de considerarse como un negocio jurídico de Derecho de Familia, como ya hemos defendido en anteriores líneas, sólo puede tener efectos liquidatorios cuando la sociedad de gananciales ha sido anteriormente disuelta.

No obstante, cuando Convenio Regulador es precedido de una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que se modifica el régimen económico

³⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 514/2004, de 3 de junio .Recurso 2129/1998. Ponente: Clemente Auger Liñán (RJ 2004\4416)

matrimonial de gananciales, sin liquidar éste; esta escritura disuelve el régimen económico de gananciales, por aplicación del artículo 1392.4 del Código civil y, por ello, en este caso el día inicial debe ser el de la firma del Convenio, con independencia de cuando sea homologado judicialmente.

En otro orden de cosas, y continuando con el análisis de la rescisión por lesión en más de una cuarta parte, indicar que para el cálculo de la lesión es necesario calcular la lesión teniendo en cuenta la adjudicación total de bienes a una de las partes en comparación con la de los demás adjudicatarios, tal y como viene a afirmar el Tribunal Supremo, entre otras en las Sentencias de 7 de noviembre de 1990³⁶¹ y 17 de mayo 2004³⁶².

De esta forma como bien expone la excepcional Sentencia AP de Cádiz, de 28 de mayo de 2008³⁶³, cuyo texto reproduzco literalmente por su claridad: *“(...) Y puesto que la rescisión de las operaciones particionales por lesión económica superior a la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, según dispone el artículo 1074 del Código Civil, descansa sobre la base de que el agravio en tal cuantía se haya efectivamente originado, obviamente exigirá la reconstrucción del acervo hereditario en su valor real referido a la época que el precepto señala, ponderado el cual, si lo adjudicado al coheredero en pago de su cuota no alcanza a cubrir el, "quantum" de las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir con arreglo al efectivo valor de los bienes que componen la herencia, es claro que la lesión supera el cuarto del valor de la totalidad del lote, que es el que importa”*

Llegados a este punto queda por plantearnos cuáles pueden ser las vías de defensa ante una petición de rescisión por lesión. O dicho de otra forma, que mecanismos legales impiden que entre en juego la rescisión por lesión manteniéndose lo acordado por las partes.

³⁶¹ RJ 1990\8532

³⁶² RJ 2004\3068

³⁶³ Sentencia AP de Cádiz, Sección 5ª, de 28 de mayo de 2008 (JUR 2008\233585)

En primer lugar podemos referirnos a la renuncia a la acción de rescisión por lesión.

No cabiendo la posibilidad de acudir a la doctrina de ir contra los propios actos y dado que la rescisión por lesión implica una liquidación válida, tal y como sostiene la Sentencia del TS de 17 de mayo de 2004, citada anteriormente, la causa de oposición “estrella” es la renuncia a la acción.

Sobre la admisión de la renuncia a la rescisión por lesión se ha pronunciado la Sentencia del TS de 19 de marzo de 2008³⁶⁴.

La renuncia puede ser expresa o tácita. La expresa puede ser clara o venir envuelta en alguna expresión que genera dudas acerca de su alcance. Por su parte, la tácita se deriva de los propios actos coetáneos o posteriores de los cónyuges³⁶⁵, que pueden ser útiles, además, para interpretar cláusulas dudosas.

Así las cosas, encontramos multitud de expresiones; PEREZ MARTÍN³⁶⁶, recoge muchas de las expresiones usuales. Merece la pena detenerse en una que es muy habitual: *“con las adjudicaciones que les han hecho se dan por pagados de sus derechos en la extinguida sociedad de gananciales, no teniendo, por tanto, nada que reclamar a este respecto”*, y similares a ésta.

Se trata de una cláusula de estilo que ha sido analizada por varias resoluciones judiciales. El Tribunal Supremo le niega su carácter de renuncia

³⁶⁴ Tal y como se extrae de la lectura, entre otras de las Sentencia del TS de 30 de octubre de 2001 (RJ 2008\4351)

³⁶⁵ RJ 2001\8139

³⁶⁶ PEREZ MARTIN, *“Tratado de Derecho de Familia, V, Vol. 1”*, pag 1439 a 1443

en su sentencia de 23 de julio de 2001³⁶⁷, mientras que la sentencia del Alto Tribunal de 22 de febrero de 1994³⁶⁸, le otorga su virtualidad como renuncia.

De la misma forma, mientras que las Sentencias de la AP de Granada de 3 de noviembre de 2003³⁶⁹ y la Sentencia de la AP de Alicante de 28 de noviembre de 2007³⁷⁰, le dan el valor de renuncia, la Sentencia de la AP de Castellón de 3 de septiembre de 2007³⁷¹, por el contrario no la da tal valor.

Más tarde, ante una cláusula similar la Sentencia del TS de 30 de octubre de 2008³⁷², analiza la voluntad negocial de los cónyuges de forma que considera los actos anteriores y coetáneos a la firma de la liquidación llevan a pensar que el sentido de la cláusula es el de convenir dar a los bienes un valor al margen del de mercado. Aquí está muy acertado el Alto Tribunal ya que sea cual sea la dicción literal de la cláusula, la labor del juzgador estriba en interpretar la voluntad de los cónyuges en base a sus actos previos, coetáneos y posteriores.

De esta forma, y habida cuenta de la abundante casuística de que existe en este tipo de cláusulas las claves para dar eficacia de renuncia tácita a éstas son:

En primer lugar que del contenido de las mismas se deduzca que los cónyuges conocen y admiten los valores dados a los bienes, es decir, que se haga mención a la valoración de los bienes o a los aspectos económicos de los

³⁶⁷ RJ 2001\8412

³⁶⁸ RJ 1994\1109

³⁶⁹ Sentencias de la AP de Granada (Sección 4ª), num. 602/2003, de 3 de noviembre (JUR 2004\12521)

³⁷⁰ Sentencia de la AP de Alicante, Sección 4ª, de 28 de noviembre de 2007 (JUR 2008\156852).

³⁷¹ JUR 2007\340427

³⁷² Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 1017/2008, de 30 de octubre de 2008 (RJ 2008\5805)

mismos tal y como se establece en la Sentencia del TS de 6 de marzo de 2003³⁷³.

Para la Sentencia de la AP de Castellón de 3 de septiembre de 2007, ya citada, la tasación o valoración de los bienes por los cónyuges es determinante ya que si las partes convienen en darle a los bienes un valor, convencionalmente pactado, es que renuncian a la tasación o avalúo y, en ese caso, no parece adecuado a la buena fe que se promueva una acción de rescisión por lesión en base a otra valoración o tasación.

En segundo lugar, que del conjunto de las cláusulas no se deduzca que el cónyuge presuntamente perjudicado en la liquidación no ha sido compensado con otra prestación o la inexistencia de la misma. Imaginemos un Convenio en el que la esposa renuncia a la pensión compensatoria, y, a cambio se queda con el inmueble familiar, el cual se valora en bastante menos de su valor para ajustar la liquidación³⁷⁴, tal y como señalan las Sentencias del TS 6 de marzo de 2003, ya citada, y la de 25 de enero de 2005³⁷⁵

Es por tanto necesario hacer una exégesis de la intención de los cónyuges al minusvalorar los bienes.

En tercer lugar, la existencia de valoraciones periciales simultáneas o anteriores a la firma de la liquidación y la conformidad de los cónyuges al valor puesto en la liquidación a pesar de los valores consignados en el Convenio Regulator.

³⁷³ RJ 2003\2548

³⁷⁴ SALAS CARCELLER, *“Rescisión por lesión y liquidación de la sociedad de gananciales (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo num. 515/2004, de 3 de junio”*, RAJ, num. 25, enero de 2005, pags. 11 ss

³⁷⁵ RJ 2005\1159

Continuando con los mecanismos legales que impiden que entre en juego la rescisión por lesión, podemos referirnos a continuación a la enajenación del todo o una parte de los bienes inmuebles adjudicados, prevista en el artículo 1078 CC del Código Civil

El precepto se refiere a bienes inmuebles adjudicados al cónyuge que ejercita la acción rescisoria; para los casos de bienes muebles (por cualquiera de los cónyuges) o bienes inmueble transmitidos por el cónyuge beneficiado por la liquidación (aquel que no ejercita la acción) transmitidos a un tercero de buena fe, al no ser posible realizar de nuevo la liquidación, únicamente cabrá la opción de la indemnización.

Por su parte, podemos equiparar enajenación al gravamen del bien inmueble de forma que si el adjudicatario ha hipotecado la finca se excluiría la posibilidad de estimar la acción³⁷⁶

En tercer lugar, si la liquidación se ha realizado de forma contenciosa y el cónyuge perjudicado no ha impugnado el cuaderno liquidatorio, por aplicación de los artículos 810.5 y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 y la Sentencia del TS de 7 de marzo de 2008.³⁷⁷

En cuarto lugar, como mecanismo que impide que prospere la acción de rescisión por lesión es de suma importancia, por su frecuencia, la falta de la prueba cumplida de la lesión. Son muchas las sentencias que insisten en que la prueba de la lesión incumbe al que pretenda la rescisión tales como la Sentencia del TS de 8 de julio de 1998³⁷⁸ y la Sentencia de la AP de Valencia de 6 de febrero de 2008³⁷⁹

³⁷⁶ PEREZ GARCÍA, “La ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales: estudio jurisprudencial”, ADC, Enero-marzo 2002, pags 225 ss

³⁷⁷ RJ 2008\3513

³⁷⁸ RJ 1998\5216

³⁷⁹ Sentencia de la AP de Valencia, sec. 10ª, S 6-2-2008, nº 73/2008, rec. 1166/2007. Pte: Motta García-España, José Enrique de (JUR 2008\146265)

Como afirma la Sentencia de la AP de Cádiz de 28 de mayo de 2008 ³⁸⁰, para que proceda la rescisión de las particiones se requiere la existencia de una lesión económica superior a la cuarta parte, cuya prueba incumbe a quien la afirme.

De lo anterior se colige que no puede darse lugar a ella si no se prueba, ni tan siquiera se alega como es preciso, numéricamente, el importe de la lesión que se aduce atendiendo al valor de los bienes cuando fueran adjudicados.

Así la sentencia que la declare habrá de manifestar su importe exacto a fin de que el demandado pueda hacer uso de la opción que le ofrece el artículo 1077 del Código Civil.

Este motivo de oposición a la acción tiene una importancia capital, ya que el letrado que pretenda que se desestime la acción tendrá como misión destruir la prueba (normalmente pericial) articulada para fundamentar la acción formulada de contrario.

Resulta revelador de lo expuesto la Sentencia de la AP de Madrid de 24 de enero de 2002³⁸¹, que pese a que un informe pericial contable revelaba un error en la valoración de las acciones adjudicadas al esposo, revoca la sentencia de instancia ya que las cuentas de la sociedad sobre las que se había realizado el informe no estaban depositadas en el Registro Mercantil y las utilizadas no estaban auditadas.

³⁸⁰ Sentencia de la AP de Cádiz, sec. 5ª, S 28-5-2008, nº 272/2008, rec. 199/2008. Pte: Fernández Núñez, Rosa María (JUR 2008\233585)

³⁸¹ Sentencia de la AP de Madrid, sec. 20ª, S 24-1-2002, rec. 536/1999. Pte: Vega Llanes, Mª José de la (JUR 2003\40388)

Por último y en quinto lugar, es motivo para rechazar la rescisión por lesión que la lesión no supere la cuarta parte.

Sobre esta cuestión la Sentencia de la AP de Murcia, de 21 de enero de 2002 ³⁸² ha señalado con acierto que normalmente se tiende a proteger un cierto margen de desproporción que no resulta impugnabile, para proteger la estabilidad de las particiones ante las inevitables desajustes de mínima entidad, motivada por la propia dificultad de las particiones.

Si la lesión no alcanza la suficiente entidad como para que prospere la acción de rescisión por lesión cabrían dos opciones:

En primer lugar ejercitar subsidiariamente, al amparo de lo previsto en los artículos 71.4 y 399.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la acción de adición, ya que el artículo 1079 del Código civil se refiere también a valores.

En segundo lugar ejercitar la acción de nulidad por error acreditando cumplidamente sus requisitos, aún teniendo en cuenta que la jurisprudencia del TS, como por ejemplo en la Sentencia de 26 de septiembre de 2002.³⁸³, tiende al mantenimiento de la liquidación al amparo del principio del *favor partitionis*.

Respecto a los efectos de la rescisión por lesión, conforme al artículo 1077 del Código Civil se da la opción al cónyuge demandado de bien indemnizar el perjuicio sufrido por el otro cónyuge, bien consentir que se realice una nueva liquidación.

En relación al derecho de opción el Tribunal Supremo va más allá y señala que la opción que el artículo 1077 del Código Civil da al demandado es

³⁸² Sentencia de la AP de Murcia, sec. 1ª, S 21-1-2002, nº 29/2002, rec. 181/2001. Pte: Moreno Millán, Carlos (JUR 2002\111015)

³⁸³ Sentencia Sala 1ª, de 26 de septiembre de 2002, nº877/2002, rec. 715/1997 (2002\8485)

ex lege y que, por lo tanto, no depende de que la sentencia se la reconozca. Asimismo el TS afirma que el demandado podrá efectuar la opción en la fase procesal que le interese, pues el precepto nada indica, incluso en la fase de ejecución de la sentencia, como se señala en las Sentencias del TS de 17 de mayo de 2004, ya citada, y Audiencia Provincial de Castellón de 21 de junio de 2007 ³⁸⁴.

Por último, en el supuesto de que un bien se halle en posesión de un tercero de buena fe, la rescisión conlleva que los efectos rescisorios se excluyan respecto de dicho tercero; en este supuesto al única opción posible al causante de la lesión es indemnizar al cónyuge perjudicado, tal y como señala nuestro Alto Tribunal en su Sentencia de 23 de julio de 2001, ya citada.

³⁸⁴ Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 21-6-2007, nº 137/2007, rec. 30/2007. Pte: Cordero Cutillas, Iciar (JUR 2007\258240)

CONCLUSIONES

Primera.- El reconocimiento de la autonomía de voluntad es una expresión de la libertad del ser humano para decidir sobre cuestiones relativas a su persona y patrimonio.

En la filosofía contemporánea se presenta como valor fundamental, que representa, en definitiva, la capacidad de decisión de un ser dotado de inteligencia y capaz de autodeterminarse a sí mismo.

Los cambios sociales han determinado un cambio de la concepción del Derecho de Familia hacia un modelo más respetuoso con la autonomía privada de los cónyuges en detrimento de la intervención del poder público.

De esta forma, en los últimos años puede observarse un desarrollo de los instrumentos mediante los cuales los cónyuges, incluso antes de contraer matrimonio, regulan las consecuencias de una eventual crisis matrimonial.

Junto a los cambios sociales, el origen de tal tendencia hay que buscarlo en un mayor interés del legislador en el desarrollo del derecho de los cónyuges a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, el progresivo avance del Derecho de Familia hacia reconocimiento de su autonomía de la voluntad corre paralelo al desarrollo de sus límites; constituidos fundamentalmente por:

1.- Los límites nacidos de los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges en el matrimonio previstos en los artículos 14 y 32.1 de la Constitución Española; de protección integral de los hijos, con independencia de su filiación previsto en el artículo 39.2 de la Carta Magna; el de protección

de la familia previsto en el artículo 39.1 del mismo texto, así como el de seguridad jurídica.

2.- Los límites derivados de la configuración del matrimonio como institución, abarcando las normas imperativas referentes a los deberes entre cónyuges, las causas de separación, etc..

3.- Los límites generales impuestos a la autonomía de la voluntad de las partes por el artículo 1255 del Código Civil: la ley, la moral y el orden público.

4.- Los límites recogidos en el artículo 90 del Código Civil: daño para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges y los establecidos en el artículo 1328 del Código civil que sanciona con nulidad cualquier pacto restrictivo de la igualdad que corresponda a cada cónyuge.

Segunda.- Las expresiones de la autonomía de la voluntad pueden analizarse y así lo hemos hecho en la presente tesis, en función del momento en que se produce la conjunción de voluntades de los cónyuges. Así podemos dividir los pactos en acuerdos antes de la crisis conyugal y acuerdos que se realizan una vez producida la crisis conyugal.

Entre las expresiones de la autonomía de la voluntad antes de la crisis matrimonial encontramos, en primer lugar los acuerdos prematrimoniales. Se trata de pactos entre los cónyuges alcanzados antes o después de contraer matrimonio, pero antes de producirse la crisis y que son condicionales, es decir, dependen de la existencia de una crisis conyugal; y preventivos, esto es, anticipan los problemas o conflictos que puedan surgir ante la eventual crisis.

Para abordar el estudio de los pactos prematrimoniales nada mejor que acudir a su eficacia, diferenciándolas en función de si se abordan materias de

libre disposición para los cónyuges; o bien, se trata de materias que, por su especial afectación a intereses públicos deben pasar por el filtro del juez para evitar que los pactos alcanzados puedan perjudicar dichos intereses superiores. No obstante, en tanto no sea declarado por un juez su carácter perjudicial para los intereses públicos serán plenamente vinculantes.

Esta idea es y será fundamental en el desarrollo del futuro Derecho de Familia, por cuanto, el respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, debe ser el camino natural hacia una solución correcta de los conflictos matrimoniales, evitando largos procesos que acaban por minar los pilares de la familia.

Junto a los acuerdos prematrimoniales, encontramos, como expresiones de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, antes de la crisis matrimonial, la confesión de privatividad y la atribución de la ganancialidad por la voluntad de los cónyuges.

La confesión de privatividad prevista en el artículo 1324 del Código Civil, permite a los cónyuges, considerar un bien como privativo, por confesión. No obstante lo anterior, ello no obstan para que dicha confesión sea ineficaz respecto a los herederos forzosos y los acreedores que pueden actuar como si dicha confesión no se hubiera producido.

Junto con la confesión de privatividad, los cónyuges pueden atribuir a un bien la condición de ganancial en el momento de la adquisición, con los requisitos del artículo 1355 del Código Civil, lo que es un instrumento valioso para la regulación contractual de los intereses económicos de los cónyuges.

El juego de ambos instrumentos facilita a los cónyuges, por su voluntad, alterar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes. Junto a las anteriores figuras y como cláusula de cierre el artículo 1323 del Código civil, determina

que, cuando no sean aplicables las normas relativas a la confesión de privatividad o la atribución de la ganancialidad por la voluntad de los cónyuges éstos podrán configurar el negocio típico o atípico para comunicar sus patrimonios privativo y ganancial.

Por último, respecto a las expresiones de la autonomía de la voluntad de los cónyuges antes de la crisis matrimonial, encontramos los pactos de contenido matrimonial que vienen a desarrollar los conocidos como protocolos familiares. Siendo el protocolo familiar un acuerdo marco, los cónyuges pueden desarrollarlo mediante el uso de pactos como la determinación y la modificación del régimen económico matrimonial, todo ello sin perjuicio de que determinadas cláusulas del protocolo familiar pueden considerarse pactos de eficacia directa y plenamente exigibles sin un desarrollo posterior.

Tercera.- Una vez ocurrida la crisis matrimonial los cónyuges, los cónyuges también disponen de autonomía para regular las consecuencias de su ruptura.

Así, si no han suscrito acuerdos antes, pueden suscribir un Convenio Regulador que puede ser el resultado de un proceso de mediación o no.

El Convenio Regulador, es el instrumento típico de regulación de las medidas que han de regular el período posterior a la rupturas regulándose materias como el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos; el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos , teniendo siempre en cuenta el interés de aquéllos; la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar ; la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos , así como sus bases de actualización y garantías en su caso; la liquidación , cuando proceda, del régimen económico del matrimonio, y por último, la pensión que

conforme al artículo 97 del Código Civil correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Por su parte el Convenio Regulador puede no estar ratificado ante el juzgado por los cónyuges, sin que esta circunstancia le prive de eficacia vinculante para éstos.

De la misma forma, y entre otras expresiones de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el momento de la ruptura, está el acuerdo de mediación que tiene efectos vinculantes por sí mismo, al igual que el Convenio Regulador no ratificado por los cónyuges ante la autoridad judicial, de forma que su transposición a un Convenio Regulador le hará tener efectos procesales pero no le otorga, *per ser* de eficacia, que ya la tiene en el momento de la suscripción del propio acuerdo de mediación, todo ello con independencia de la eventual revisión por el juez de los pactos que afecten a intereses públicos.

En los últimos tiempos se ha dado una importancia creciente tanto a nivel nacional como internacional a la mediación, aprobándose recientemente la Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil, como expresión de la voluntad de los poderes públicos por fomentar esta forma de resolución de conflictos.

Dicha ley, aplicable junto a la normativa autonómica, a los conflictos conyugales, arroja ciertas dudas interpretativas, como la intervención judicial en el acuerdo de mediación en el que se deciden materias de orden público relativos fundamentalmente a los hijos menores.

El tiempo y la aplicación práctica resolverán las dudas interpretativas. No obstante, el paso ya está dado y la dirección legislativa ha quedado ya definitivamente marcada hacia un respeto por la autoconciliación de los intereses de los ciudadanos como respeto a su libertad de decisión.

Junto al Convenio Regulador y el acuerdo de mediación, nos ha resultado muy interesante, la referencia del artículo 233 5. de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, a los pactos fuera de convenio regulador.

Se refiere a ellos el citado artículo, en contraposición a los adoptados en previsión de la ruptura matrimonial, al hablar de los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador, afirmando que dichos pactos “*vinculan a los cónyuges*”, pudiendo acumularse la acción para exigir el cumplimiento de estos pactos a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. De la misma forma también puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede.

Una de las cuestiones más avanzadas en este precepto es que ya recoge, la posibilidad de que el consentimiento de los cónyuges al firmar dichos pactos se encuentre viciado por encontrarse inmersos psicológicamente en proceso de ruptura, por lo que siempre que no intervenga letrado, independiente para cada uno de los cónyuges, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconvenición en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer. Ello adelanta, lo que constituye el último capítulo de la presente tesis que se refiere a la nulidad, anulabilidad y rescisión de los acuerdos.

Cuarta.- Siendo los pactos alcanzados por los cónyuges plenamente válidos y eficaces, como un negocio jurídico de Derecho de Familia, las voluntades de los mismos han podido verse afectadas por las causas

generales de nulidad y anulabilidad de los negocios. De esta forma pueden concurrir una ausencia o vicio del consentimiento, inexistencia de causa o causa ilícita, o bien, una causa de rescisión por lesión en más de una cuarta parte de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Se ha preferido en esta tesis abordar la cuestión desde un punto de vista casuístico, haciendo una selección de resoluciones judiciales, como una forma más útil de abordar la materia y para evitar una digresión teórica, repetitiva y que en nada ayuda a la comprensión del problema. Así, la reproducción de los problemas más frecuentes entre los resueltos por los tribunales, sin perder de vista el derecho sustantivo aplicable y siendo críticos con algunas de las soluciones, consigue, espero, arrojar más luz y a su vez sirve de cierre, de la difícil cuestión de la validez de las expresiones de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la regulación de sus crisis matrimoniales.

Quinta.- En resumen, el futuro del Derecho de Familia parece avocado a un papel cada vez más preeminente de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Así, el papel del poder público vendrá reducido exclusivamente en primer lugar a controlar que los pactos no exceden los límites legalmente previstos y, en segundo lugar que aquellos no representan un peligro para los menores. Cualquier injerencia del poder público quedará proscrita como ataque al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges como valor al que el propio legislador ha dado un papel fundamental en la regulación de las crisis matrimoniales y los efectos comunes a las mismas.

INDICE BIBLIOGRAFICO

ALCAIN MARTÍNEZ, E., "Eficacia de la confesión contemplada en el artículo 1324 del Código Civil", Estudios Ciencias Jurídicas, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996

ALVAREZ SALA WALTER, J, "Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular", Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1981

AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: "La Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia", AAVV, Dykinson, 2009

ALEJANDREZ PEÑA, P. "Liquidación de Bienes Gananciales: Aspectos Prácticos, Procesales y Sustantivos", Lex Nova, 2006

AVILA ALVAREZ, P: "el régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº587, nov-dic- 1981

BARCELO DOMENECH, J. en RAMS ALBESA, J Y MORENO MARTINEZ, J.A (Coord), "El Régimen Económico del Matrimonio (Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial)", Dykinson, 2005

BLANQUER UBEROS, R., "*La presunción de ganancialidad. La confesión de privaticidad. La fijación negocial de privaticidad*", "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez- Picazo", Tomo III, Editorial Civitas, Madrid, 2003

CUADRADO PÉREZ, C, Tratado de Derecho de Familia, Vol.III, Navarra, 2003

DE LA CAMARA ALVAREZ, M. “La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia”. Boletín de Información de la academia granadina del notariado, separata nº9, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1986,

DE LOS MOZOS, J.L: “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (arts.1315-1324)*”, vol. II, dir, ALBADALEJO, M, tomo XVIII, Vol. I, Madrid, 1982.

DE PABLO CONTRERAS, P, “Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones, Coordinador MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C, colex, 2008.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.L., El regimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña, Tecnos, Madrid, 1974

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I “La confesión sobre el carácter de los bienes realizada entre cónyuges”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº734, pags. 3195 a 3211

DIEZ PICAZO L, y GULLÓN A., “*Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia y Sucesiones*”, Tecnos, 1991

DIEZ PICAZO, L:

- “El negocio jurídico de Derecho de Familia”, en RGLJ, Tomo XLIV, 1962

- “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia”, en Viladrich (coord), Convenios reguladores de las crisis matrimoniales, Universidad de Navarra, Pamplona 1989.
- “Comentario al artículo 1255 CC, en AAVV, Comentario del Código Civil. Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, Madrid, 1993.

DÍEZ SOTO, C. M. *“Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales”*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004

EGEA FERNANDEZ, J, “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial” Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez Picazzo, Tomo III, Derechos Reales, Derecho de Familia, Editorial Civitas, Madrid, 2003

FERNANDEZ GIMENO, J.P Y REYES LÓPEZ, M.J., *“La empresa Familiar, Valencia”*, Tirant Lo Blanch, 2000

GADIVIA SÁNCHEZ, J. V.: *“La confesión de privaticidad de los bienes de la sociedad conyugal. Análisis crítico del precepto contenido en el artículo 1324 CC”*, Madrid, 1987

GARCIA RUBIO, M. P:

- *“Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”*, Anuario de Derecho Civil, Tomo LVI, fascículo IV, octubre-diciembre 2003.
- *“Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el derecho de familia”* Nuevos retos del Derecho de Familia, Ponencias de la XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa del Mar, Documenta Universitaria, Universidad de Girona, 2004

GARRIDO PALMA, V.M., *“La familia empresaria ante el Derecho”*, en El Patrimonio familiar profesional y empresarial. Sus protocolos, tomo IV, Boscho, Barcelona 2005

GOMEZ COLOMER, J. L. *“El Proceso de Declaración”*, en *“Derecho Jurisdiccional”*, MONTERO AROCA Y otros, Valencia, 2001.

GONZALEZ GARCÍA, J. *“Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia-Sucesiones”*, coord. Moreno Quesada, B, Valencia, 2002

GONZALEZ DEL POZO, J.P.:

- *“Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)”*, Boletín de derecho de Familia, Año VIII, numero 81, julio 2008
- *“Acuerdos y contratos prematrimoniales” (II)*, Boletín de Derecho de Familia, Año VIII, num 82, septiembre 2008
- *“La compensación prevista en el artículo 1438 CC”*, en El Derecho de Familia em Expansión, AA.AA, Dykinson, 2009

GUILARTE GUTIERREZ, V, “La regla de la indivisión en el régimen de separación de bienes (art. 1441 CC) y su alteración convencional”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, marzo-abril 1984.

GUTIERREZ BERENGOA, A: “La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales”, Madrid, 2002.

HERRERO GARCÍA, M. J., “*Comentario del Código Civil, Tomo II*”, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, AAVV, Madrid, 1991.

ILLAN FERNANDEZ, J.M.. “*El renacimiento de la prueba extrajudicial confesoria y la declaración contra se en los documentos electrónicos*”, AC, Aranzadi, num. 766/2008, Pamplona, 2008.

JIMENEZ CONDE, F: “*La nueva prueba del interrogatorio de las partes en el proceso civil*”. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2006

LACRUZ BERDEJO, J. L.:

- “Elementos de Derecho Civil”, Tomo V, Editorial Bosch, Barcelona 1994
- “Elementos de Derecho Civi IV”, Derecho de Familia, Vol.I, Barcelona, Bosch, 1990

LARENZ, K. “Base del negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos” Traducción de C. Fernandez Rodríguez, Comares, Granada, 2002

LETE DEL RIO, J, *“La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular”*, Actualidad Civil, 2003-4,

LOPEZ BURNIOL, J, *“Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales”*, en Viladrich (coord) *Convenios Reguladores de las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989

LOPEZ MARCO, P, *“desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio”*, Revista de Derecho de Familia, Lex Nova, nº37, octubre de 2007.

LÓPEZ SAN LUIS, R. *“El proceso de mediación familiar y los acuerdos mediados en Tendencias actuales en el Derecho de Familia”*. Almería, 2004.

LOBATO GARCÍA MIJÁN, Manuel, *“La aportación de un bien a la sociedad conyugal*, RDP, Madrid, enero 1995,

LLOPIS GINER, J.M. (coordinador), *El contenido del Convenio Regulador. Sus diferentes aspectos*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006.

MARTINEZ-CALCERRADA y GOMEZ, L: *“Comentarios del Código Civil (art. 1315-1324)”*, coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I, t.7, Editorial Bosch, Barcelona, 2.000

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coordinador), *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, Colex, 2ª Edición 2008

MARTORELL ZULUETA, P, "*Empresa familiar y regímenes comunitarios*", en *La empresa Familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2004

MONTERO AROCA, J.: "Disolución y Liquidación de la Sociedad de Gananciales", 3ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

MORENO VELASCO, Víctor, «*La adición o complemento de la liquidación de la sociedad de gananciales*» en *Diario La Ley* nº70, 18 de diciembre de 2008.

MORENO-TORRES, Mª Luisa. "La pensión compensatoria", en la reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005). Marcial Pons, 2007

O'CALLAGAN MUÑOZ, X.:

- "*Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia*", Editorial Revista de Derecho Privado, 1996
- "Conceptos básicos y requisitos de las condiciones generales de los contratos" *Actualidad Civil*, nº1/4-10, enero 1992
- "*Código Civil Comentado con Jurisprudencia*", Madrid, 2001

ORTUÑO MUÑOZ, P. "*Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*", Coord. Pedro Gonzalez Poveda y Pilar Gonzalez Vicente, Editorial Sepín, 2005.

PASCUAL DE LA PARTE, C.C, "*La causa, su constancia expresa o no en los negocios jurídicos de atribución de ganancialidad o privatividad respecto*

de los bienes en los patrimonios conyugales y otras consideraciones", BICNG, mayo 1993

PAZ ARES, I, "Previsiones capitulares", Recientes modificaciones legislativas para el abogado de familia, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, 2008

PEÑA VICENTE, M: Masas "*Patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*", Madrid 2004

PEREÑA VICENTE, M "El negocio de atribución a la sociedad de gananciales", Diario La Ley, ISSN 1138-9907, N° 6944, 2008

PEREZ GIMENEZ, M.T:

- "*El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria*", Aranzadi, Revista de Sentencias de TSJ y AP, nº18, 2008.
- "*La mediación Familiar: perspectiva contractual*", Publicado en AC num. 22 2006

PEREZ HEREZA, J, "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales", Anales de la Academia Matritense de Notariado, Tomo XLVIII, curso 2007/2008, Colegio Notarial de Madrid

PEREZ MARTÍN, A. J. "*Tratado de Derecho de Familia, Tomo II*", Lex Nova, 2009

PEREZ VALLEJO, A.M

- “El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges”, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 2000.
- “El proceso de mediación familiar y los «acuerdos adoptados»”, en Tendencias actuales en el Derecho de Familia. Almería, 2004

PEREZ SANZ, A, *“Límites a la Autonomía de la Voluntad en las capitulaciones matrimoniales”* Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 21 de octubre de 1982

PEÑA BERNARDO DE QUIROS, M, “Derecho de Familia”, Madrid, 1989

PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, “Pactos matrimoniales en previsión de ruptura”, Valencia, Boch, 2010.

POVEDA BERNAL, M. *“Consideraciones en torno al llamado <<negocio jurídico de aportación>> a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial, y su incardinación en nuestro sistema contractual”*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, num. 640, Madrid, 1997

RAMS ALBESA, J y MORENO MARTINEZ, J.A, “El Régimen Economico del Matrimonio, Dykinson”, Madrid, 2005,

RAMS ALBESA, J: *“La subrogación real en la sociedad de gananciales”* RDN, julio-diciembre, 1984,

REBOLLEDO VARELA, A, citado por PEREZ MARTÍN AJ, Tratado de Derecho de Familia, Regímenes Económicos matrimoniales, Tomo V, Volumen 2, Lex Nova, 2009

RIBERA BLANES, Begoña: La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004,

RIVERA FERNANDEZ, M. “Jurisprudencia civil comentada. Código Civil (arts. 1315-1324)” director PASCUAU LIAÑO Miguel, t. II, Editorial Comares, Granada, 2000

RIBERA PONT, M.C “*Breves reflexiones sobre el reformado artículo 1324 CC*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, num. 550.- Mayo-junio 1982

RODRIGUEZ-PALMERO, P., “*El artículo 1324 del Código Civil: dudas y reflexiones*”, Diario La Ley, 27 de Julio de 2006.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P. y GARCÍA DE ARRIBA M.ARCOS, R., “La causa matrimonii en el negocio de atribución de bienes a favor de la sociedad de gananciales”, Diario La Ley, nº6582, 2 de noviembre de 2006, Año XXVII

SABORIDO SANCHEZ, P. “*La confesión de privatividad y presunción de ganancialidad. Su relación con la simulación contractual*”, Revista de Derecho Patrimonial, editorial Aranzadi, nº15, 2005

SALAS CARCELLER, A, “Rescisión por lesión y liquidación de la sociedad de gananciales (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo num. 515/2004, de 3 de junio”, RAJ, num. 25, enero de 2005

SANCHEZ CRESPO CASANOVA, A.J., y CALERO ARTERO, J.F: “*La empresa familiar: guía práctica de organización y funcionamiento*”, Granada, Comares, 2001

SANCHEZ CRESPO CASANOVA, A.J.” El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, en El cambio generacional en la empresa familiar, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº27, octubre de 2003,

SANCHEZ CRESPO, A.J, BELLVER SÁNCHEZ, A. Y SANCHEZ SANCHEZ, A.M, *La Empresa Familiar: manual para empresarios, claves para su correcta organización y continuidad*, Madrid, Deusto, 2005

SANCHEZ HERNANDEZ, C. “Los negocios jurídicos de Fijación”, Titant Lo Balnch, Valencia, 2004

SERRANO ALONSO, E., AAVV, “La División Judicial de Patrimonios. Aspectos sustantivos y Procesales”, Cuadernos de Derecho Judicial I. 2004, Consejo General del Poder Judicial

TORERO MUÑOZ, M. Familia y Matrimonio, en Llopis Giner (coord), *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones, Práctica de Derecho*, Valencia 2005

VILLAGOMEZ CEBRIÁN, M, “consideraciones sobre la especialidad procesal en los juicios matrimoniales y su naturaleza jurídica”, *Actualidad Civil*, nº21/19-25 mayo, 1997, marginal 475

ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal”, *Economist & Jurist*, año XVI, Marzo 2008.

INDICE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del TC 45/1987 (RJ 1987\45)

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del TS de 13 junio de 1986 (RJ 1986\3549)
- Sentencia del TS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9174),
- Sentencia del TS de 25 junio 1987 (RJ 1987\4553)
- Sentencia del TS de 17 de junio de 1988 (RJ 1988\5113)
- Sentencia del TS de 8 de julio de 1998 (RJ 1998\5216)
- Sentencia del TS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9174)
- Sentencia del TS de 7 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8532)
- Sentencia de TS de 11 de octubre de 1991 (1991\7447)
- Sentencia del TS de 7 de enero 1992 (RJ 1992\152)
- Sentencia del TS de 29 de enero de 1992 (RJ 1992\275)
- Sentencia del TS 18 de mayo de 1992 (RJ 1992\4906)
- Sentencia del TS de 23 diciembre 1992 (RJ 1992\10653),
- Sentencia del TS de de 26 de enero de 1993 (RJ 1993\365)
- Sentencia del TS de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994\1469)
- Sentencia del TS de 22 de febrero de 1994 (RJ 1994\1109).
- Sentencia del TS de 18 de julio de 1994 (RJ 1994\6447)
- Sentencia del TS de 6 de julio de 1996 (1996\9608)
- Sentencia del TS de 26 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6657)
- Sentencia del TS de 22 de abril de 1997 (1997\3251)
- Sentencia del TS de 19 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9110)

- Sentencia del TS de *27 de enero de 1998 (1998\110)*.
- Sentencia del TS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9649)
- Sentencia del TS de 23 de diciembre de 1998 (1998\9758),
- Sentencia del TS 14 de marzo de 1998 (RJ 1998\1567)
- Sentencias del TS de 11 octubre 1999 (RJ 1999\7324)
- Sentencia del TS de 24 abril de 1999 (RJ 1999\2826)
- Sentencia del TS de 22 de febrero de 2000 (RJ 2000\1339)
- Sentencia del TS de 26 abril de 2000 (RJ 2000\3230)
- Sentencia del TS, de 15 de enero de 2001 (RJ 2001\1310)
- Sentencia del TS de 14 de mayo de 2001 (*RJ 2001\6005*)
- Sentencia del TS de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001\3373)
- Sentencia del TS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001\8412)
- Sentencia del TS de 25 de septiembre de 2001 (RJ 2001\8152)
- Sentencia del TS de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001\8930),
- Sentencia del TS de 30 de octubre de 2001 (RJ 2001\8139)
- Sentencia del TS de 15 de febrero de 2002 (2002\1619)
- Sentencia del TS de 19 de julio de 2002 (RJ 2002\9098)
- Sentencia del TS 26 de septiembre de 2002 (2002\8485)
- Sentencia del TS de 4 diciembre 2002 (RJ 2002\10423)
- Sentencia del TS de 23 de febrero de 2003 (RJ 2010\4341)
- Sentencia del TS de 6 de marzo de 2003 (RJ 2003\2548)
- Sentencia del TS de 15 enero de 2004 (RJ 2004\202)
- Sentencia del TS de 17 de mayo de 2004 (RJ 2004\3068)
- Sentencia del TS de 3 de junio de 2004 (RJ 2004\4416)
- Sentencia del TS de 8 de octubre de 2004 (RJ 2004\5993)
- Sentencias del TS de 16 de septiembre de 2004 (RJ 2004\5477)
- Sentencia del TS de 25 de enero de 2005 (RJ 2005\1159)
- Sentencia del TS de 14 febrero de 2005 (RJ 2005\1670)
- Sentencia del TS de 27 de mayo de 2005 (RJ 2005\6304)
- Sentencia del TS de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005\6860)
- Sentencia del TS de 17 de marzo de 2006 (RJ 2006\5241).

- Sentencia del TS de 27 de marzo de 2006 (RJ 2006\1817)
- Sentencia del TS de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006\3502),
- Sentencia del TS de 8 junio de 2006 (RJ 2006\2406).
- Sentencia del TS de 29 de noviembre de 2006 (RJ 2006\10030)
- Sentencia del TS de 27 de marzo de 2007 (RJ 2007\1982
- Sentencia del TS de 21 de febrero de 2008 (RJ 2008\1701)
- Sentencia del TS de 7 de marzo de 2008.(RJ 2007\3513)
- Sentencia del TS de 19 de marzo de 2008 (RJ 2008\4351).
- Sentencia del TS de 30 de octubre de 2008 (RJ 2008\5805).
- Sentencia del TS de 21 diciembre de 2009 (RJ 2010\297)
- Sentencia del TS de 19 de enero de 2010 (RJ 2010\417)
- Sentencia del TS de 9 febrero de 2010 (RJ 2010\526).
- Sentencia del TS de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010\3700)
- Sentencia del TS de 10 de junio de 2010 (RJ 2010\2675)
- Sentencia del TS de 12 de noviembre de 2010 (RJ 2010\7587)
- Sentencia del TS de 22 de febrero de 2011 (JUR)
- Sentencia del TS de 14 de abril de 2011 (JUR 2011\184064)
- Sentencia del TS de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011\3137)
- Sentencia del TS de 5 de noviembre de 2011 (RJ 2012\10135)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Extremadura de de 30 de julio de 2002 (JT 2002\1448)
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Extremadura y 29 de enero de 2003 (JUR 2003\66125),

- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla la Mancha de 13 de octubre de 2003 (JT 2004\259)
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla la Mancha y 14 de noviembre de 2003 (JT 2004\264)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la AP Ciudad Real, Sec. 2.^a, 123/1999, de 3 de mayo
Recurso 397/1998 (AC 1999\5400)
- Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18^a), de 10 de septiembre de 1999. (AC 1999\2052)
- Sentencia de la AP Ourense (Sección Unica) de 12 febrero 2000,
recurso 661/1999 (AC 2000\158),
- Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 12, de 17 de marzo de 2000,
rec. 1092/1999 (RJ 2000\139023)
- Sentencia de la AP de Sevilla de de 6 julio 2000 (JUR 2001\2743)
- Sentencia de la AP de Asturias, Sección 5^a, num 690/2000, de 12 de
diciembre de 2000 (AC 2001\151)
- Sentencia de la AP de Granada de, nº 377/2001 (Sección 3^a), de 14 de
mayo de 2000 (RJ 2001\1500)
- Sentencia de la AP de Valladolid, Sección 3^a, nº35/2001, rec. 478/2000,
de 31 de enero de 2001(RJ 2001/116000)
- Sentencia de la AP de Valencia, Sección 9^a, de 7 de julio de 2001. (JUR
2001\274492)
- Sentencias de la AP de Audiencia Provincial de Vizcaya de 11 de enero
de 2002 (AC 2002\12)
- Audiencia Provincial de Murcia, sec. 1^a, S 21-1-2002, nº 29/2002, rec.
181/2001 (2002\111015)

- Sentencia de la AP de Madrid, sec. 20ª, S 24-1-2002, rec. 536/1999. (JUR 2003\40388)
- Sentencia de la AP Barcelona (Sección 12) de 18 febrero 2002, (JUR 2002\135976),
- Sentencia de la AP de Valladolid, Sección 1ª, de 12 de abril de 2002 (2002\154546)
- Sentencia de la AP de Álava, Sección 1ª, de 25 de abril de 2002, rec.56/2002 (JUR 2003\231109).
- Sentencia de la AP de La Coruña, sección 6º, de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002\198111)
- Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22ª, de 3 de diciembre de 2002 (JUR 2003\32784)
- Sentencia de la AP de Granada, Sección 3ª, nº1038/2002, rec, 686/2002, de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003/78621)
- Sentencia de la AP de Pontevedra, Sección 1ª, nº 381/2003, rec. 171/2003, de 29 de octubre de 2003 (RJ 2006\24228)
- Sentencia de la AP de Murcia, Sección 1ª, num. 374/2002, rec 422/2002, de 29 de octubre de 2003 (JUR 2003\71008).
- Sentencia de la AP Granada núm. 142/2003 (Sección 3), de 17 febrero, Recurso de Apelación núm.841/2002 (JUR 2003\116470),
- Sentencia de la AP de Madrid, Sección 11ª, de 2 de enero de 2004, (JUR 2004\90260),
- Sentencia de la AP de Sevilla, Sección 5ª, de 17 de marzo de 2004 (AC 2004\382)
- Sentencias AP Málaga, Sec. 6.ª, 497/2004, de 16 de junio, Recurso 359/2004 (JUR 2004\216429)
- Sentencia de la AP Madrid, Sección 22, de 14 de septiembre de 2004 (JUR 2004\315147)
- Sentencia de la AP de Murcia, num. 13/2005 (Sección 1ª), de 18 de enero de 2005 (JUR 2005\267696).

- Sentencia de la AP de Castellón, Sección 2ª, de 19 de abril de 2005.- (JUR 2005\132330)
- AP de Barcelona, Sección 12ª, de 22 de abril de 2005. Ponente (JUR 2005\122311)
- Sentencia de la AP de Granada, Sección 3ª, de 26 de abril de 2005 (JUR 2005\137942).
- Sentencia de la AP Madrid núm. 266/2005 (Sección 25), de 29 abril, rec. 250/2004, (JUR 2005\164091)
- Sentencia de la AP Huesca núm. 136/2005 (Sección 1), de 19 mayo, (JUR 2005\133855).
- Sentencia de la AP de Málaga,(Sección 4ª) num. 451/2005, de 24 de mayo, (JUR 2005\198190),
- Sentencia de la AP Tarragona, 364/2005, rec. 102/2005, de 7 de septiembre (JUR 2006\51697).
- Sentencia de la AP de Málaga de 11 de enero de 2006 (RJ 2006/150369)
- Sentencia de la AP León, Sec. 2.ª, 71/2006, de 13 de marzo, Recurso 304/2005 (JUR 2006\132781)
- Auto de la AP de Barcelona, num. 111/2006 (Sección 12), de 11 de mayo de 2006 (JUR 2006\271650).
- Sentencia de la AP Toledo, Sec. 1.ª, 212/2006, de 17 de julio Recurso 67/2006 (JUR 2006\205391)
- Sentencia de la AP de Madrid , Sección 22, num. 141/2007, rec. 36/2007, de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007\151411)
- Sentencia de la AP Sevilla, Sec. 2.ª, 206/2007, de 27 de abril . Recurso 1988/2006 (JUR 2008\26441)
- Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 21-6-2007, nº 137/2007, rec. 30/2007 (JUR 2007\258240)
- Sentencia de la AP de Cádiz, 63/2007, Sección 5ª, de 25 de junio (JUR 2007\357882)

- Sentencia de la AP de Málaga, Sección 6B, rec. 1095/2006, de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007\174311)
- Sentencia de la AP de Castellón de la Plana, Sección 2ª, de 9 de marzo de 2006 (JUR 2006\237297)
- Sentencia de la AP Cádiz, Sección 5ª, núm. 214/2007, de 13 abril, (JUR 2007\201998).
- Sentencia de la AP de Málaga, Sección 6ª. de 10 de mayo de 2007 (JUR 2007\367102)
- Sentencia de la AP de Castellón de 3 de septiembre de 2007 (JUR 2007\340427)
- Sentencia de la AP de Granada, Sección 5ª de 14 de septiembre de 2007 (JUR 2008\23687)
- AP de Alicante, Sección 4ª, de 28 de noviembre de 2007 (JUR 2008\156852).
- Sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2ª, nº318/2008, rec. 4501/2007, de 26 de junio de 2008 (JUR 2009\16966)
- Sentencia de la AP León núm. 277/2007 (Sección 1), de 8 octubre, Recurso de apelación num. 106/2007 (JUR 2008\79202).
- Sentencia de la AP de Valencia, sec. 10ª, S 6-2-2008, nº 73/2008, rec. 1166/2007 (JUR 2008\146265)
- Sentencia de la AP de Madrid, Sección 24ª de 28-2-2008, nº 253/2008, rec. 1051/2007 (JUR 2008\144068).
- Sentencia de la AP Lleida, Sec. 2.ª, 186/2008, de 20 de mayo Recurso 462/2007 (JUR 2008\267188)
- Sentencia de la AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, 42/2008, de 1 de febrero, Recurso 505/2007. Ponente: FRANCISCO JAVIER JOSE MORALES MIRAT (JUR 2008\192613).
- Sentencia de la AP de Las Palmas num. 385/2008 (Sección 3ª), de 4 de junio (JUR 2008\302706).

- Auto de la AP Barcelona, Sec. 18.^a, 188/2008, de 10 de julio, Recurso 985/2007. Ponente: MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE (JUR 2008\315162)
- Sentencia de la AP de Sevilla, sec. 2^a, S 27-11-2008, nº 513/2008, rec. 4773/2008 (JUR 2009\60050)
- Sentencia de la AP de Bizkaia, num. 587/2008, Sección 4^a, de 26 de septiembre de 2009 (JUR 2009\8889)
- Sentencia de la AP de Cádiz, sec. 5^a, S 28-5-2008, nº 272/2008, rec. 199/2008 (2008\233585)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 24^a, S 23-10-2008, nº 1101/2008, rec. 691/2008 (JUR 2009\50498)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 2^a, S 27-11-2008, nº 513/2008, rec. 4773/2008 (JUR 2009\60050)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4^a de 18 de febrero de 2009 (JUR 2009\189268)
- Sentencia de la AP A Coruña, Sec. 4.^a, 141/2009, de 20 de marzo (JUR 2009\207254)
- Sentencia de la AP Valladolid, Sec. 1.^a, 226/2009, de 5 de octubre (JUR 2009\459726)
- Sentencia de la AP de Murcia, Sección 4^a, de 17 de septiembre 2009 (JUR 2009\436850)
- Sentencia de la AP Barcelona, Sec. 16.^a, 594/2009, de 19 de noviembre Recurso 450/2008 (JUR 2010\44127).
- Sentencia de la AP Valladolid, Sec. 1.^a, 213/2010, de 9 de julio . Recurso 198/2010 (JUR 2010\303552).
- Sentencia de la AP de Las Palmas, Sección 5^a, 155/2012, de 29 de marzo de 2012 (JUR 2012\210405)

DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de la DGRN 2 de octubre de 1984 (RJ 1984/5184)
- Resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 1988 (RJ 1988\9010)
- Resolución de la DGRN de 10 de marzo de 1989 (RJ 1989\2468)
- Resolución de la DGRN de 25 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7153)
- Resolución de la DGRN de 21 de enero de 1991 (RJ 1991\592)
- Resolución de la DGRN de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992\8582)
- Resolución de la DGRN de 11 de junio de 1993 (RJ 1993\5418)
- Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1995 (RJ 1995\2669)
- Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8086)
- Resolución de la DGRN de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996\4012)
- Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10485),
- Resolución de la DGRN de 1 de septiembre de 1999 (RJ 1998\6593)
- Resolución de la DGRN de 13 de febrero de 1999 (RJ 1999/628)
- Resolución de la DGRN de 5 de marzo de 1999 (1999/1376)
- Resolución de la DGRN de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9163)
- Resolución de la DGRN de 7 de diciembre de 2000 (RJ 2001\2580)
- Resolución de la DGRN de 21 de julio de 2001 (RJ 2002\2397)
- Resolución de la DGRN de 17 de abril de 2002 (RJ 2002\8099)
- Resolución de la DGRN 13 de junio de 2003 (RJ 2003\4325)
- Resolución de la DGRN de 19 de junio de 2003 (RJ 2003\6172).
- Resolución de la DGRN de 27 de junio de 2003 (RJ 2003\6080)
- Resolución de la DGRN de 13 de octubre de 2003 (RJ 2003/8545)
- Resolución de la DGRN de 27 de junio de 2005 (RJ 2005\5399)
- Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005\7446)
- Resolución de la DGRN de 22 de junio de 2006 (BOE 20/07/2006),
- Resolución de la DGRN de 14 mayo de 2009 (RJ 2009\3006).