

**LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE UNA RUPTURA
MATRIMONIAL: LA REFORMA CATALANA DE 2010 EN CONTRASTE
CON LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL***

ARTÍCULO

MIRIAM ANDERSON**

Introducción	602
I. La coexistencia de diferentes sistemas de Derecho de Familia en España	603
II. El marco legal de los acuerdos matrimoniales en el Código Civil español	606
III. Las nuevas disposiciones catalanas sobre los pactos en previsión de ruptura matrimonial	607
A. Distintos tipos de acuerdo para distintos momentos	609
1. Acuerdos celebrados antes de la ruptura matrimonial	609
2. Acuerdos suscritos una vez que el matrimonio ha fracasado	613
B. Eficacia	614
IV. Un concreto acuerdo en previsión de ruptura que recibió el beneplácito del Tribunal Supremo español	617
A. Los hechos	617
B. La validez de los acuerdos matrimoniales en previsión de una futura ruptura	618
C. ¿Habría superado este pacto los controles establecidos en la legislación catalana?	622
D. La validez del contenido del acuerdo	623
Conclusiones	627

* Con leves modificaciones, este artículo es la versión en castellano del siguiente capítulo de libro: Miriam Anderson, *Marital Agreements: Spanish Case-Law v. The 2010 Catalan Reform*. A-L. VERBEKE, J.M. SHERPE, C. DECLERCK, T. HELMS, P. SENEAVE (eds.), *CONFRONTING THE FRONTIERS OR FAMILY AND SUCCESSION LAW: LIBER AMICORUM WALTER PINTENS 23-40* (Cambridge.Antwerp-Portland, Intersentia, 2012). Asimismo, se incluyen comentarios adicionales extraídos de Miriam Anderson, *Comentario a la sentencia de 31 de marzo de 2011*, 88 CUADERNOS CIVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL 379-406 (2012). El trabajo se enmarca en los Proyectos de Investigación 2009 SGR 00221, Grup d'Estudi del Dret Civil Català, y DER 2011-26892.

** Profesora agregada de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona.

INTRODUCCIÓN

APESAR DEL AMBICIOSO TÍTULO QUE HE ELEGIDO PARA ESTE ARTÍCULO, SU objetivo es mucho más modesto. La idea es presentar brevemente dos enfoques diferentes respecto de los acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial que se pueden encontrar en España en la actualidad. Se trata, por una parte del enfoque de la jurisprudencia desarrollada en aplicación del Código Civil español de 1889 (Código español) y, por otra, de las disposiciones incluidas en el libro II del Código Civil de Cataluña (Código catalán) que entró en vigor el 1 de enero de 2011.

Dejando a un lado la posibilidad de sustituir o modificar de otro modo el régimen económico matrimonial por defecto (siempre posible en capitulaciones matrimoniales), y a pesar de la falta de disposiciones específicas relativas a los acuerdos en previsión de una ruptura, el Tribunal Supremo español aplica el Derecho Contractual general para permitir la ejecución de acuerdos que no superarían los distintos controles que establecen las nuevas disposiciones catalanas. Esto hace que uno se pregunte en qué ordenamiento tiene mayor alcance la autonomía privada y, en último término, si, en este contexto, una aparente mayor libertad de pacto puede llegar a cercenar el respeto a la auténtica voluntad de las partes. Inversamente, surge la cuestión sobre si las nuevas disposiciones catalanas tienen efectos colaterales indeseables, al restringir la autonomía privada más allá de lo que el legislador pudo prever.

Tras el inevitable recordatorio acerca de la existencia de distintos sistemas de derecho privado que coexisten en España, se procede a una descripción general del marco legal en que se mueven los acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial en el marco del Código español, seguida de un breve análisis de los aspectos más destacados de la reforma catalana de 2010. Finalmente, se plantea si un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial al cual el Tribunal Supremo español otorgó validez y eficacia habría superado los controles establecidos por las nuevas disposiciones catalanas.

I. LA COEXISTENCIA DE DIFERENTES SISTEMAS DE DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA¹

La Constitución española de 1978 reconoció potestad legislativa para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio de aquellas Comunidades Autónomas que ya contasen con normas de este tipo al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución.² Este fue el caso de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y el País Vasco. Por lo tanto, la Constitución prevé que puedan coexistir en el Estado hasta siete ordenamientos civiles distintos (es decir, los seis regímenes autonómicos más el régimen general español, que opera en defecto de competencia autonómica y supletoriamente en caso de que no se haya ejercido.³ Así pues, las referidas Comunidades podrían tener diferentes legislaciones con respecto, por ejemplo, a las sucesiones⁴ o al régimen económico matrimonial. A pesar de ello, no todos los parlamentos autonómicos han desarrollado sistemas completos de Derecho Civil. Esto significa que el Código español se aplicará allí donde no existan disposiciones regionales.⁵ Inversamente, algunas Comunidades sin competencia en materia civil han promulgado disposiciones que claramente pertenecen a esta rama del Derecho⁶.

Cataluña cuenta con un Código Civil casi completo;⁷ solo el libro VI, sobre obligaciones y contratos, está pendiente de elaboración, ya que es la parte que mayores problemas competenciales puede generar respecto de la competencia

¹ Sobre la pluralidad de ordenamientos jurídico-civiles en España en inglés, véase Antoni Vaquer Aloy, *Introduction*, en SJEFF VAN ERP & ANTONI VAQUER (eds.), *INTRODUCTION TO SPANISH PATRIMONIAL LAW 1-17* (2006); TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *INTRODUCTION TO SPANISH PRIVATE LAW 1-11* (2010); centrándose en el Derecho de Familia, J. Ferrer-Riba, *Marital Agreements and Private Autonomy in Spain*, en *MARITAL AGREEMENTS AND PRIVATE AUTONOMY IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 350-69 (Jens M. Scherpe ed., 2012). Véase en francés, Esther Arroyo I Amayuelas, *Le pluralisme de l'ordonnement civil en Espagne et le droit civil en vigueur en Catalogne*, 29 *REV. GEN.* 411 (1998).

² C.E. art. 149.1.8a, B.O.E. n. 311, 29 de dic. de 1978 (España).

³ *Id.* art. 149.3.

⁴ Esther Arroyo I Amayuelas & Miriam Anderson, *Between Tradition and Modernization: A General Overview of the Catalan Succession Law Reform*, en *THE LAW OF SUCCESSION: TESTAMENTARY FREEDOM. EUROPEAN PERSPECTIVES* 43 (Miriam Anderson & Esther Arroyo I Amayuelas eds. 2011).

⁵ C.E., art. 149.3. B.O.E. n. 311, 29 de dic. de 1978 (España).

⁶ Así, por ejemplo, Valencia no tiene competencia en materia civil, porque en 1978 no había derecho civil propio de esta Comunidad. Sin embargo, ha promulgado disposiciones en este ámbito, como la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (B.O.E. n. 95, de 20 de abril de 2007).

⁷ Sobre la codificación catalana, véase ESTHER ARROYO I AMAYUELAS, *THE PLURALITY OF CIVIL CODES IN SPAIN* (2006); Antoni Vaquer Aloy, *El proceso de codificación civil catalana*, *BLOGS DE LA UAB* (2009), <http://blogs.uab.cat/dretcatala/files/2009/06/03-vaquer-aloy-antoni.pdf>.

estatal. El libro II, sobre Derecho de Persona y Familia, fue promulgado el 29 de julio de 2010 y entró en vigor el 1 de enero de 2011.⁸

El artículo 149.1.8ª de la Constitución establece que ciertas materias están reservadas en exclusiva al Estado. Entre ellas, se encuentran las *formas de matrimonio*. Generalmente, se entiende que esta expresión incluye tanto los diferentes caminos (religiosos y laicos) por medio de los cuales se puede celebrar el matrimonio con efectos civiles, como la regulación de las causas de nulidad, separación y divorcio,⁹ pero no las consecuencias de los mismos, que pueden variar de una región a otra, especialmente cuando el régimen económico matrimonial por defecto no es un régimen de comunidad parcial –del tipo de la sociedad de gananciales, que opera supletoriamente allí donde es de aplicación el Código español–, sino un sistema de separación de bienes, donde es posible, por ejemplo, que se sienta la necesidad de atribuir una compensación económica al cónyuge que ha invertido tiempo y trabajo en la llevanza del hogar o del negocio del otro, sin remuneración o a cambio de una retribución inferior a lo que sería normal en el mercado. Así, en Cataluña, donde el régimen económico matrimonial supletorio es la separación de bienes¹⁰ existe una regulación completa de los efectos de la nulidad, separación y divorcio¹¹ que difiere considerablemente de la recogida en los artículos 90 y siguientes del Código español. Además, las Comunidades Autónomas pueden tener un enfoque diferente hacia los acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial; este es el caso, de nuevo, de Cataluña.¹²¹³

La pregunta que de inmediato viene a la mente es: ¿cómo sabemos cuándo un determinado caso se rige por el Derecho español, el catalán o el de otra comunidad autónoma? Son de aplicación en este punto normas de conflicto, de Derecho interregional. En general, las disposiciones de Derecho Civil se aplican en los territorios para los que han sido promulgadas, pero la sucesión y el régimen económico matrimonial son excepciones destacadas, para las que entra en

⁸ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010): <http://www.boe.es/boe/dias/2010/08/21/pdfs/BOE-A-2010-13312.pdf>.

⁹ Las Comunidades Autónomas no cuestionaron la competencia estatal para el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de Julio; BOE núm. 157, de 2 de julio) ni para la total eliminación de las causas de separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio; BOE núm. 163, de 9 de julio). Los cónyuges son ahora, por tanto, tan libres de divorciarse como lo son para contraer matrimonio.

¹⁰ Cód. Civ. CATALUÑA art. 231-20.

¹¹ *Id.* arts. 233-1 a 233-25.

¹² En particular, véase los arts. 231-20 y 233-5.

¹³ Es interesante la opción tomada por la Comunidad de Galicia, que pone remedio a algunos de los problemas que plantea la aplicación subsidiaria del Código Civil español. Así, el artículo 172 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (B.O.E. n. 191, de 11 de agosto de 2006) establece que los cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad de gananciales y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal.

juego el estatuto personal. En los conflictos de leyes interregionales, el lugar de la nacionalidad, como punto de conexión, lo toma la *vecindad civil*. La vecindad civil conecta a una persona con un determinado ordenamiento civil, con base en criterios de nacimiento, residencia o matrimonio.¹⁴ El artículo 9.2 del Código español establece cómo se determina la ley aplicable a los efectos del matrimonio. Una vez establecida, dicha ley aplicable queda fijada en el momento de la celebración y no varía por cambios de residencia ni por pacto posterior (sin perjuicio, claro está, de que quepa modificar el régimen económico en capítulos). Sin embargo, los cónyuges con distinta vecindad civil podrán decidir antes de la boda, que los efectos del matrimonio se rijan por cualquiera de sus leyes personales o por la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos, siempre que así lo hagan constar en escritura pública. Por otra parte, el artículo 9.3 del Código español permite a los cónyuges modificar su régimen económico matrimonial, no solo de conformidad con la ley que resulte aplicable según el artículo 9.2 del Código español, sino también al amparo de la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos en el momento de la modificación. La elección prevista en el artículo 9.2 del Código español se utiliza muy raramente, pero el artículo 9.3 del mismo cuerpo legal puede permitir que los cónyuges que deseen organizar los efectos de la separación o el divorcio elijan la regulación que estimen más favorable con solo modificar su residencia habitual.¹⁵ La excepción de orden público recogida en el artículo 12.3 del Código español no entrará en juego para evitar la aplicación de la legislación autonómica.

Es evidente que, si la aplicación de las normas de conflicto es cada vez más frecuente debido a la internacionalización de las relaciones de derecho privado, lo mismo puede decirse, si no más, sobre situaciones interregionales: la movilidad de las personas dentro del Estado español es, evidentemente, muy alto, y esto hace que el sistema se torne complicado, sobre todo porque el concepto de vecindad civil es del todo ajeno a la cultura jurídica de la población en general. Así, no es de extrañar que una pareja no sepa cuál es su régimen económico matrimonial; quizás solo lo averigüen en caso de crisis matrimonial o cuando se disuelva el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.

¹⁴ Cód. Civ. ES arts. 14-16.

¹⁵ El artículo 9.3 del Código español permite que los cónyuges establezcan, modifiquen o sustituyan el régimen económico matrimonial de conformidad con cualquiera de las leyes mencionadas en el texto. Dado que el instrumento por medio del cual pueden realizarse estas alteraciones es la escritura de capitulaciones matrimoniales, que en Cataluña puede servir también para prever las consecuencias de la ruptura, no parece que haya impedimento alguno para que cónyuges casados con sujeción al Código español puedan pactar los efectos de la ruptura de conformidad con el Derecho catalán, si al menos uno de ellos reside habitualmente en Cataluña al tiempo de celebrar el acuerdo.

II. EL MARCO LEGAL DE LOS ACUERDOS MATRIMONIALES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Como ya se ha indicado, el Código español no contiene disposiciones específicas relativas a acuerdos entre cónyuges o esposos que tengan por objeto la organización de la situación producida por la ruptura del matrimonio. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada.

En primer lugar, los cónyuges son libres de modificar o sustituir el régimen económico matrimonial por defecto, ya sea antes de casarse o durante el matrimonio, por medio de las llamadas capitulaciones matrimoniales.¹⁶ La regla por defecto es una comunidad parcial de bienes llamada sociedad de gananciales, en la cual los rendimientos del trabajo y de los activos adquiridos durante el matrimonio se convierten en propiedad común que se divide en partes iguales en el momento de la separación o disolución. Dado esto es relativamente habitual que los cónyuges quieran apartarse de este régimen, especialmente en el caso de segundas o ulteriores nupcias. Por otra parte, el artículo 1325 del Código español establece que el mismo instrumento, la escritura notarial de capitulaciones matrimoniales, puede contener otras disposiciones relacionadas con el matrimonio. No se refiere expresamente a que pueda incluir previsiones relativas a las consecuencias de la crisis matrimonial. De hecho, originariamente se refería a donaciones y otros pactos celebrados con la intervención de parientes y familiares de los esposos. Sin embargo, una interpretación generosa de esta norma puede darles cabida. En cualquier caso, los capítulos matrimoniales no pueden contener pactos contrarios a la ley o que contravengan la igualdad de derechos entre los cónyuges.¹⁷

En segundo lugar, ante la crisis del matrimonio, los cónyuges pueden optar por iniciar el proceso de divorcio o, sencillamente, separarse.¹⁸ En ambos casos, el procedimiento podrá ser contencioso¹⁹ o de mutuo acuerdo.²⁰ Si el procedimiento es contencioso, el juez decidirá sobre una serie de cuestiones como la custodia de los hijos, el régimen de relaciones personales con los menores y los alimentos que se les deban prestar, el uso de la vivienda familiar y, en su caso, la pensión compensatoria que pueda corresponder a uno de los cónyuges para contrarrestar los efectos perjudiciales de la ruptura. En cambio, si los cónyuges están de acuerdo en la separación o el divorcio, así como en las medidas que deben

¹⁶ Cód. Civ. ES arts. 1325 a 1327.

¹⁷ *Id.* art. 1328.

¹⁸ Desde la entrada en vigor de la ya citada Ley 15/2005, que tuvo lugar el 10 de julio del mismo año, es posible acceder directamente al divorcio con solo que el matrimonio haya durado tres meses (y, en caso de violencia doméstica, ni siquiera rige este requerimiento de duración mínima del matrimonio). En cualquier caso, la separación ha dejado de ser un paso previo necesario para conseguir el divorcio.

¹⁹ L. E. Civ. art. 770 (B.O.E. n. 7, de 8 de enero de 2000) (España).

²⁰ *Id.* art. 777.

adoptarse, la tarea del juez consistirá en sancionar el acuerdo alcanzado por los cónyuges (que se denomina *convenio regulador*), a menos que no provea adecuadamente al interés superior de los menores implicados, o que resulte muy perjudicial para uno de los cónyuges. Una de las muchas ventajas de que los cónyuges consigan elaborar un convenio regulador es que su régimen económico matrimonial no solo se disuelve con la firmeza de la sentencia de separación o divorcio, sino que también queda liquidado, lo que significa que se evita tener que acudir al tortuoso procedimiento de liquidación de los regímenes de comunidad y de participación previsto en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En tercer lugar, a pesar de la falta de regulación de los acuerdos matrimoniales que tienen por objeto prever las consecuencias de la ruptura,²¹ los juzgados y tribunales españoles, entre ellos el Tribunal Supremo, han evolucionado gradualmente hacia la opinión de que esos acuerdos son válidos y eficaces, siempre y cuando cumplan con los requisitos básicos para que un contrato sea vinculante es decir, consentimiento, objeto lícito y causa, según el art. 1261 del Código español. Esta doctrina ha sido aplicada por los tribunales de apelación (las Audiencias Provinciales) tanto respecto a acuerdos celebrados durante el matrimonio como respecto de acuerdos alcanzados una vez que ya ha surgido la crisis. Con frecuencia, la admisión de estos acuerdos ha tenido lugar fuera del pleito matrimonial propiamente dicho. Según manifiesta expresamente, esta es también la posición del Tribunal Supremo, aunque hasta la sentencia dictada el 31 marzo 2011,²² no se había aplicado a un acuerdo celebrado antes de la ruptura, sino a acuerdos alcanzados cuando el matrimonio ya se encuentra en crisis. Es decir, el Tribunal había ordenado el cumplimiento de acuerdos que complementaban un convenio regulador o bien, de *convenios reguladores* que no se habían elevado a la autoridad judicial para su homologación en el seno de un procedimiento matrimonial.

III. LAS NUEVAS DISPOSICIONES CATALANAS SOBRE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL

Tras la aprobación del Código de Familia catalán de 1998,²³ los tribunales podían justificar la aplicación de los acuerdos alcanzados para regular las consecuencias de la ruptura matrimonial gracias a la redacción del artículo 15 de dicho Código –el equivalente al artículo 1325 del Código español–, que expresamente contemplaba la eventual inclusión de este tipo de pactos en las capitulaciones matrimoniales. Pero fuera de esta referencia genérica, ninguna otra norma se

²¹ CÓD. CIV. ES art. 1261.

²² Sobre la cual se volverá *infra* apartado IV.

²³ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (B.O.E. n. 198, de 19 de agosto de 1998) (Cataluña).

ocupaba de los acuerdos en previsión o sobre la ruptura matrimonial, por lo que los principales problemas relativos a su validez y eficacia quedaban sin solución.²⁴

Esta incipiente apertura del sistema a los pactos en previsión o sobre la ruptura fue aprovechada por el legislador catalán de 2010 que, además de mantener la posibilidad de excluir o modificar el régimen económico matrimonial supletorio (que en Cataluña es de separación de bienes), promulgó un conjunto bastante detallado de disposiciones en que se establecen los controles materiales y procedimentales que deben superar los acuerdos de que se trata, dependiendo de factores tales como la proximidad de la boda o, en su caso, de la ruptura.²⁵ Pronto se constatará que esta regulación está inspirada en gran parte por el *Uniform Premarital Agreements Act of 1983* de Estados Unidos (actualmente, *Uniform Premarital and Marital Agreement Act of 2012*) y, más específicamente, por los *Principles on the Dissolution of Marriage* elaborados por el *American Law Institute*.²⁶

Los argumentos a favor de la admisibilidad de estos acuerdos, junto con la certeza de que es necesario adoptar cautelas para asegurar que ninguna de las partes ha actuado imprudentemente o bajo presión indebida, son casi tan globales como la actual crisis económica, pero queda por ver cómo reaccionarán los tribunales ante este nuevo enfoque y si las normas generales sobre contratos aún pueden dar lugar a la aplicación de acuerdos que no se ajusten a estas disposiciones, probablemente debido, en gran medida, a que el enfoque adoptado por el legislador puede haber sido demasiado estrecho.

²⁴ Joan Egea Fernández, *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial* en 3 ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ ET AL. ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR LUIS DíEZ-PICAZO 4557 (2003); Ángel Rebolledo Varela, *Pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, en 1 JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO & MANUEL CUADRADO IGLESIAS, HOMENAJE AL PROFESOR MANUEL CUADRADO IGLESIAS 739 (2008); Nuria Ginés Castellet, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña* 727 REV. CRÍT. DER. INMOBILIARIO 2851 (2011).

²⁵ También las parejas estables pueden celebrar este tipo de acuerdos. Véase CÓD. CIV. CATALUÑA, art. 234-5. Para un análisis de la regulación desde este punto de vista, Celia Martínez Escribano, *Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho catalán* 2 REV. JUR. CATALUNYA 345-69 (2011).

²⁶ A.L.I., PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS, 945 (2002) (especialmente §§ 7.04, 7.05, 7.09, con sus respectivos comentarios). Véase también RECONCEIVING THE FAMILY: CRITIQUE ON THE AMERICAN LAW INSTITUTE'S PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION 351 (Robin F. Wilson ed. 2006); También apuntan esta fuente de inspiración, entre otros, Josep Ferrer Riba, *El derecho de la persona y de la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña* (2010), INDRET, http://www.indret.com/pdf/editorial1_es_1.pdf; Ginés Castellet *supra* nota 24; Glenda Labadie Jackson, *Los requisitos de validez de los acuerdos en previsión de ruptura y su eficacia ex post* (2013) (Universitat Pompeu Fabra) (tesis doctoral inédita); Albert Lamarca I Marquès, *Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència*, en ÀREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (ed.), QÜESTIONS ACTUALS DEL DRET CATALÀ DE LA PERSONA I LA FAMÍLIA. DISSETENES JORNADES DE DRET CATALÀ A TOSSA 452-56 (2013).

A. Distintos tipos de acuerdo para distintos momentos

La directriz principal seguida por el legislador catalán fue diferenciar entre los acuerdos hechos en previsión de una ruptura futura y los acuerdos hechos cuando ya se ha dado una separación de hecho o, en general, se ha desencadenado la crisis de pareja. La idea subyacente es que cuanto más cerca estén las partes de la realidad que están tratando de regular, más clara tendrán la imagen de las consecuencias de lo que están pactando. Por ello, los acuerdos hechos en previsión de la ruptura están sujetos a rigurosos deberes de información y asesoramiento. Además, excepcionalmente, pueden ser ignorados por los tribunales cuando se den ciertas circunstancias, puesto que los cónyuges pueden no haber previsto cuáles serían sus respectivas situaciones en el momento en que deba desplegar su eficacia el acuerdo; de hecho, tal vez ni siquiera eran conscientes de la posibilidad real de la ruptura. Así, sin ir más lejos, ¿por qué van a contemplar los futuros novios el divorcio como desenlace *probable* del vínculo que están a punto de establecer? En cambio, los acuerdos celebrados una vez que el matrimonio ha fracasado están sujetos a menos limitaciones y, si están incorporados a un convenio regulador, son absolutamente vinculantes para el tribunal, a menos que pongan en peligro el interés superior del menor.

1. Acuerdos celebrados antes de la ruptura matrimonial

El Código catalán establece que los acuerdos en previsión de una ruptura futura podrán celebrarse antes o durante el matrimonio y, o bien en el marco de las capitulaciones matrimoniales tradicionales²⁷ o por medio de un escritura pública notarial *ad hoc*.²⁸

La intervención de un notario público es considerada, en sí misma, una medida de protección frente a eventuales acuerdos irreflexivos, ya que el notario es un profesional altamente cualificado, entre cuyas funciones están las de asegurar que las partes entiendan a qué se están comprometiendo y rehusar la autorización de acuerdos ilegales. Aunque en alguna ocasión se ha considerado que un documento privado podría ser elevado a público ante notario con posterioridad,²⁹ parece mejor entender que la falta de cumplimiento de esta formalidad rinde nulo el acuerdo –sobre todo si tenemos en cuenta que el notario tiene obligaciones de información concretas– como se señalará en breve, que, por defini-

²⁷ Es preciso recordar que el pacto sobre el régimen económico matrimonial, contenido típico de los capítulos matrimoniales, tendrá importantes consecuencias en caso de nulidad, separación o disolución del matrimonio; en el mismo sentido, véase Lamarca I Marquès. *Id.*

²⁸ Cód. Civ. CATALUÑA arts. 231-19, 231-20.

²⁹ Cód. Civ. ES arts. 1279, 1280.

ción, no se habrían cumplido al tiempo del otorgamiento si las partes simplemente hubiesen firmado un documento privado.³⁰

Además, los acuerdos prenupciales no serán válidos a menos que se hayan celebrado con más de treinta días de antelación a la boda.³¹ Bajo la anterior regulación, las Audiencias Provinciales habían venido reconociendo la validez y eficacia de acuerdos suscritos mucho más cerca del gran día,³² pero la norma parece una precaución razonable para evitar sorpresas desagradables de última hora. No se establece límite de tiempo alguno dentro del cual deba celebrarse al matrimonio: ¿un acuerdo prenupcial firmado tres años antes de la boda será exigible? Probablemente, la mejor respuesta es considerar que la fuerza vinculante del acuerdo habría decaído si el matrimonio no hubiese tenido lugar dentro del año siguiente a su otorgamiento (por analogía con lo que ocurre con las capitulaciones matrimoniales prenupciales;³³ de hecho, a este artículo remite para el caso en cuestión el anteproyecto de reforma de diversas disposiciones del CCCat aprobado por el Gobierno catalán en primavera de este año³⁴).

Ambos tipos de acuerdos en previsión de una crisis futura (pre y postnupciales) están sujetos a otro requisito de tipo procedimental: antes de redactar la escritura, el notario debe advertir a ambas partes por separado del hecho de

³⁰ Ángel Serrano de Nicolás, *Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial el Código Civil de Cataluña*, en *EL NUEVO DERECHO DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA: LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA* 357 (Reyes Barrada Orellana et al. eds., 2011). Véase también los clarificadores matices que aporta este autor, notario de profesión, en Ángel Serrano de Nicolás, *Perspectiva notarial de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial*, en *QÜESTIONS ACTUALS DEL DRET CATALÀ DE LA PERSONA I LA FAMILIA. DISSETENES JORNADES DE DRET CATALÀ A TOSSA* 487-89 (2013) donde apareja la ineficacia –y no la nulidad– a la falta de cumplimiento de la formalidad y entiende que las partes que otorgaron el pacto en documento privado no podrán compelerse recíprocamente a su elevación a público. El autor pone el acento siempre en lo que ha bautizado gráficamente como *forma informativa*. Cfr. Lamarca I Marquès, *supra* nota 26, en la pág. 460. Véase también la S.T.S.J. de Cataluña, 12 de julio de 2012 (C.R.J., Núm. 10025) (España) y el comentario a esta sentencia en Laura Allueva Aznar, *Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial*, *INDRET: REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO* (2013), http://www.indret.com/pdf/952_es.pdf.

³¹ CÓD. CIV. CATALUÑA art. 231-20.1.

³² Véase, e.g., A.P. Barcelona, 23 de marzo de 2010 (JUR 2010/175675) (R, relativa a un supuesto en que, tres días antes de la celebración del matrimonio, se habían otorgado capitulaciones matrimoniales en las cuales se establecía que ciertos bienes no computarían a los efectos de una eventual compensación económica por razón de trabajo, o A.P. Barcelona, 5 de enero de 2011 (JUR 2011/136804), en cuyo caso las capitulaciones se habían otorgado diez días antes de la celebración del matrimonio y contenían previsiones respecto de la cobertura de la necesidad de vivienda de la esposa en caso de crisis matrimonial. En ambos supuestos los cónyuges habían convivido antes de contraer.

³³ Véase CÓD. CIV. CATALUÑA, art. 231-19.2; Ginés Castellet, *supra* nota 24, en la pág. 2592.

³⁴ Véase Avantprojecte de llei de modificació dels llibres primer, segon, quart i cinqué del Codi Civil de Catalunya i de modificació de la Llei 10/2008, del 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Home/Informacio%20publica%20202/avantprojecte_harmonitzacio_CCC.pdf (Proyecto de ley en catalán para modificar los libros primero, segundo, cuarto y quinto del Código Civil de Cataluña y para modificar la Ley 10/2008, del 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones).

que deben informarse mutuamente de sus respectivos haberes, ingresos y expectativas de futuro. Además, el notario debe explicar a los interesados cómo incide el acuerdo en los derechos y deberes que derivarían de lo que la ley llama el “régimen legal supletorio”.³⁵ Una vez más, este requisito tiene por objeto garantizar que ambos cónyuges o futuros cónyuges entienden a qué tendrían derecho si no suscribiesen el acuerdo. Por tanto, no parece razonable interpretar, como alguno ha hecho,³⁶ que el notario solo debe informar a los cónyuges de las consecuencias de apartarse del régimen económico matrimonial supletorio. En mi opinión, la obligación del notario se extiende a explicar qué medidas adoptaría la autoridad judicial a falta de acuerdo; es decir, en este contexto, el *régimen legal supletorio* no es la separación de bienes que rige en Cataluña por defecto de pacto, sino las previsiones contenidas en los artículos 233-1 y siguientes del Código catalán. De hecho, esta parece ser una de las principales preocupaciones a la hora de conceder eficacia a los acuerdos objeto de estudio, como se pondrá de relieve a continuación.

El artículo 231-20.3 del Código catalán establece expresamente que las renunciaciones y limitaciones de los derechos deben ser claras, indicando el derecho concreto que está siendo excluido o limitado, y que deben ser recíprocas. Antes de la reforma de 2010, la mayoría de los estudios doctrinales existentes sobre la materia³⁷ se habían centrado en el análisis de la posibilidad de renunciar anticipadamente al derecho a la compensación (llamada, en Cataluña, *prestación compensatoria*) que uno de los cónyuges puede solicitar del otro cuando la separación o el divorcio deja al primero en una posición muy desventajosa en comparación con la que disfrutaba durante el matrimonio (esto puede ser debido a circunstancias como la edad, haber cuidado de los hijos o de otras personas dependientes, la pérdida de oportunidades laborales, etc.; de los artículos 233-14 y siguientes del CCCat, que la regulan, se desprende que esta prestación puede albergar también finalidades alimenticias). Podrían surgir problemas similares si un cónyuge fuera a renunciar al derecho a la llamada compensación económica por razón de trabajo; esto es, la compensación que corresponde a quien haya invertido tiempo y dedicación a la casa o a la profesión de su cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente; esta compensación por razón de trabajo opera como una corrección al régimen de separación de bienes.³⁸ En la actualidad, el artículo 231-20.3 del Código catalán debe leerse junto con los artículos 233-16 y 232-7. El artículo 233-16 establece que el derecho a la prestación compensatoria puede ser modificado de acuerdo con el artículo 231-20, pero que la renuncia que no se haya incorporado a un convenio regulador (y, por lo tanto,

³⁵ Cód. Civ. CATALUÑA art. 231.20-2.

³⁶ Francesc Vega Sala, *Comentari a l'article 231-20. Pactes en previsió de ruptura matrimonial*, en PERSONA Y FAMILIA: LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA 646 (Encarnación Roca Trías & Pascual Ortuño Muñoz eds., 2011).

³⁷ Para amplias referencias, véase Ginés Castellet, *supra* nota 24.

³⁸ *Id.* art. 232-5 a 232-11.

no se haya sometido al control de la homologación judicial) no será válida si se pone en peligro la capacidad del cónyuge de atender a sus propias necesidades básicas. Por otro lado, el artículo 232-7, relativo a la compensación económica por razón de trabajo, no contiene limitación alguna de este tipo, ya que, en este caso, la compensación por el trabajo no remunerado no está diseñada para cubrir necesidades alimenticias o básicas.³⁹ A mi modo de ver, es obligación del notario informar a cada cónyuge sobre la existencia de estos derechos, de modo que puedan ser renunciados o limitados con pleno conocimiento de las consecuencias que ello acarrea.

En cualquier caso, es evidente que las renunciaciones, limitaciones y exclusiones deben ser recíprocas.⁴⁰ Esto es comprensible, ya que la alternativa supondría facilitar la discriminación privada entre los cónyuges y confirma que el *régimen legal supletorio* se identifica con los derechos a los que los cónyuges podrían aspirar en defecto de acuerdo. En este contexto, es fácil entender que un acuerdo no sería válido si solo uno de los cónyuges renuncia a su derecho a una prestación ex artículos 233-14 y siguientes CCCat y el otro no, o si solo uno de los cónyuges aceptara abandonar el hogar familiar, incluso si lo necesitase más que el otro⁴¹ y no hiciese lo mismo su esposo o cónyuge.

Sin embargo, este requisito de la reciprocidad de las renunciaciones genera problemas. Si uno de los cónyuges se compromete a pagar al otro una compensación mayor, en caso de separación o divorcio, que la que la ley le otorgaría, ¿estaría de hecho renunciando al derecho a abonar únicamente lo que el tribunal habría determinado en defecto de acuerdo? ¿Bastaría para cumplir con el requisito de la reciprocidad que el otro cónyuge también se comprometiera a pagar una cantidad superior a la que marcara el tribunal, en caso de resultar deudor de la compensación? Dado que en muchos supuestos es evidente desde el inicio de la relación –o, al menos, al tiempo de otorgar el acuerdo en previsión de la ruptura– que uno de los cónyuges tiene y va a seguir teniendo una mejor posición económica que el otro, ¿no deviene este enfoque de la reciprocidad un mero formalismo?⁴² Yendo un poco más allá, si una de las partes se compromete unilateralmente a pagar al otro una cantidad de dinero en caso de divorcio, tanto si se dan

³⁹ S. NASARRE AZNAR, 'La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña', en R. BARRADA ORELLANA; M. GARRIDO MELERO; S. NASARRE AZNAR (eds.) *El nuevo Derecho de la persona y de la familia...*, cit., 260; SERRANO DE NICOLÁS, *Los pactos en previsión...*, cit., 380, consideran que las partes pueden modificar cualquier aspecto de la compensación por razón de trabajo prevista en los arts. 232-5 a 232-11 CCCat, salvo el diseño básico de la figura. A mi juicio, si se permite que las partes renuncien absolutamente al derecho, no parece que haya inconveniente en que reestructuren por completo la figura y/o prescindan del fundamento que la justifica, aunque es preciso reconocer que quizá este proceder sería objeto de otro tipo de pacto.

⁴⁰ Cód. Civ. CATALUÑA art. 231-20.3.

⁴¹ *Id.* art. 231-21.

⁴² Véase también Martínez Escribano, *supra* nota 25, en la pág. 356; Lamarca I Marquès, *supra* nota 26, en las págs. 463-64.

o no los presupuestos de la prestación compensatoria o de la compensación económica por razón de trabajo, ¿es el acuerdo recíproco? En mi opinión, no lo es, pero no creo que la intención del legislador fuera excluir pactos de este tipo.

El cuarto requisito establecido en el art. 231-20 del Código catalán es que ambas partes se informen mutuamente sobre su situación financiera actual y prevista, pero la falta de información adecuada no parece afectar la validez del acuerdo, sino más bien su ejecución⁴³.

2. Acuerdos suscritos una vez que el matrimonio ha fracasado

Una segunda clase de acuerdos son los que se alcanzan una vez que el matrimonio ha fracasado. En esta categoría se incluyen tanto los acuerdos sometidos a aprobación judicial en los procesos de separación o divorcio, como los acuerdos que permanecen ajenos al proceso.

En cuanto a los primeros (los convenios reguladores) la autoridad judicial incorporará el contenido del acuerdo a la sentencia, salvo en aquello en que pueda resultar contrario al interés superior del menor.⁴⁴ A diferencia de lo que sucede en el marco del Código español (artículo 90), cuando se aplica el derecho catalán la autoridad judicial no puede dejar de aprobar un acuerdo que resulte gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, incluso si pone en entredicho su capacidad para hacer frente a necesidades básicas. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (que cierra el sistema judicial en materia de Derecho civil catalán) ha suavizado esta regla cuando el resultado se considera contrario a la ley o al orden público⁴⁵.

Por lo que se refiere a los acuerdos de separación que no se hayan sometido a aprobación judicial en el seno de un proceso matrimonial, el artículo 233-5 del Código catalán los considera vinculantes, siempre y cuando ambas partes hubiesen contado con asistencia letrada independiente antes de suscribirlos. Si no hubiera sido así, el acuerdo podría ser revocado dentro de los tres meses siguientes y, como máximo, hasta el momento de la contestación a la demanda o, en su caso, a la reconvencción. Por consiguiente, estos convenios son plenamente válidos y eficaces, incluso si no se ha respetado el requisito procedimental del asesoramiento independiente, siempre y cuando se haya dejado transcurrir el período de tres meses sin revocarlos y con independencia de cualquier otra formalidad. Es decir, en este caso, un acuerdo puramente privado sería vinculante.

43 *Infra* apartado B.

44 Cód. Civ. CATALUÑA art. 233-3-1.

45 S.T.S.J. Cataluña, 10 de septiembre de 2010 (R.O.J.: STSJ CAT 8051/2010).

B. Eficacia

La eficacia de los acuerdos en previsión de una ruptura y de los acuerdos de separación una vez ya producida la crisis viene firmemente establecida por el artículo 233-5.1 del Código catalán. Tras proclamar su carácter vinculante, la disposición procede a establecer que se puede acumular la reclamación del cumplimiento de estos acuerdos al procedimiento de nulidad, separación o divorcio e incluso, con carácter cautelar, puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales previas o coetáneas a estos pleitos, de modo que operen durante la tramitación de los mismos.

El precepto, sin embargo, genera al menos una duda de calado: ¿es obligatorio para quien quiera imponer el cumplimiento del acuerdo que lo haga valer en el pleito matrimonial?, o bien puede reclamar el cumplimiento con posterioridad, por medio de un procedimiento ordinario? A favor de esta última posibilidad se muestra la letra del art. 233-5.1, en la medida en que el empleo del verbo *poder* sugiere que la acumulación de referencia es facultativa para las partes.⁴⁶ Pero hay argumentos de mayor calado a favor de considerar que, si no se reclama el cumplimiento al tiempo del pleito matrimonial, se entenderá que el interesado ha renunciado a hacer valer el acuerdo. La principal razón por la cual es preferible esta interpretación estricta de la norma radica en que la autoridad judicial necesita tener una visión completa de la situación económica a la que se enfrentarán los cónyuges tras la ruptura en aras de determinar qué medidas, compensatorias o de otra índole, es preciso adoptar. Así, por ejemplo, y partiendo de que un acuerdo en que se estableciese la obligación por parte del marido de pagar una determinada suma a la esposa en caso de ruptura cumple el requisito de la reciprocidad, está fuera de toda duda que la autoridad judicial debe tomar en consideración esta circunstancia a la hora de decidir si atribuye o no la prestación compensatoria.⁴⁷ Del mismo modo, necesita saber qué se ha pactado para determinar si las necesidades básicas de los cónyuges están cubiertas o bien si alguno de ellos requiere que se le atribuya el uso del hogar familiar.⁴⁸ Al no ser clara la ley en este punto, entiendo que no cabe esperar que el cónyuge que ha asumido obligaciones con base en un acuerdo en previsión de ruptura o de separación lo eleve a la consideración de la autoridad judicial. Por ello, una reclamación posterior por parte del cónyuge que sale beneficiado por el acuerdo sería, a mi juicio, abusiva y distorsionaría la realidad que se tuvo en cuenta para determinar judicialmente la suerte de los cónyuges tras la ruptura.

Por su parte, el artículo 231-20.5 del Código catalán establece una limitación importante a la eficacia de los acuerdos en previsión de una futura ruptura: no se

⁴⁶ Francesc Vega Sala, *Comentari a l'article 231-20. Pactes en previsió de ruptura Matrimonial*, en PERSONA Y FAMILIA: LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA 836 (Encarnación Roca Trías & Pascual Ortuño Muñoz eds., 2011).

⁴⁷ Cód. Civ. CATALUÑA. art.233-15.

⁴⁸ *Id.* art. 233-21.

puede imponer el cumplimiento de un acuerdo que resulte ser muy perjudicial para uno de los cónyuges por haber sobrevenido circunstancias que no se previeron ni podían razonablemente haberse previsto en el momento de otorgar el acuerdo. De las tres limitaciones previstas en la sección 7.05 (2) de los Principios del *American Law Institute*, el legislador catalán descartó tanto la limitación temporal (no se podría imponer el cumplimiento de acuerdos celebrados más de cierto número de años antes del momento en que se pretenda su cumplimiento) como el hecho de que la pareja haya tenido hijos después de celebrar el acuerdo. Esto lleva a pensar que el cambio de circunstancias previstas en el artículo 231-20.5 del Código catalán no incluye tener hijos,⁴⁹ ya que esto, aunque no sea en el caso concreto *esperado*, entra dentro de lo que razonablemente puede preverse, incluso si los cónyuges tienen ya cierta edad (pero siempre y cuando no se haya cerrado la puerta a la adopción). Igualmente, y por la misma razón, el hecho de que uno de los cónyuges pueda haber abandonado su carrera profesional para cuidar a los hijos o simplemente porque el otro cónyuge generaba tantos ingresos que no tenía sentido que ambos trabajasen no debe alterar la eficacia del acuerdo. En el contexto de la sociedad catalana, donde los lazos familiares son fuertes, tampoco creo que el cuidado de un progenitor anciano pueda valorarse como una circunstancia imprevisible. Y, si el lector me perdona un comentario un tanto desalmado, un largo período de desempleo desde la fecha en que estas disposiciones entraron en vigor (1 de enero de 2011) claramente no es un acontecimiento imprevisible, en una economía con una tasa de desempleo que ronda el veintiséis por ciento de la población activa. Por consiguiente, para conducir a la ineficacia del acuerdo, es preciso que las partes ni siquiera hubiesen considerado las circunstancias sobrevenidas de que se trate; probablemente, un accidente o una enfermedad incapacitantes sí entrarían dentro de esta categoría.

Huelga decir que los acuerdos de cualquier tipo que no conduzcan a la mejor satisfacción posible del interés superior del menor en el momento de la ejecución no serán vinculantes para el juez,⁵⁰ incluso si se han incorporado a un convenio regulador,⁵¹ pero sí lo serán si atienden adecuadamente a las necesidades del niño, de modo que el cónyuge no podrá cambiar de opinión si en el momento de la ruptura piensa que debería haber llegado a un acuerdo diferente.⁵²

Otras disposiciones limitativas de la eficacia de los acuerdos se pueden encontrar en los artículos 233-16.2 y 233-21.3 del Código catalán. El primero se refiere al hecho de que las renunciaciones a la prestación compensatoria por parte del cónyuge que resulte más perjudicado por la ruptura solo serán eficaces en la medida en que no pongan en peligro la cobertura de las necesidades básicas del acreedor de la prestación. Lo mismo sucede, según el artículo 233-21.3, cuando un pacto

49 Ginés Castellet, *supra* nota 24, en la pág. 2618.

50 Cód. Civ. Cataluña arts. 233-5.3, 233-11.1f y 233-21.3.

51 *Id.* art. 233-3.1.

52 Ginés Castellet, *supra* nota 24, en la pág. 2615.

sobre el uso de la vivienda familiar afecte al derecho de acceso a una vivienda digna por parte del cónyuge más perjudicado por la ruptura. Hay que tener en cuenta que estas limitaciones no se aplican cuando el acuerdo es un convenio regulador, con la advertencia de la posible ilegalidad de estos pactos, conforme a la ya mencionada postura del Tribunal Superior de Justicia catalán.⁵³

Por último, el artículo 231-20.4 del Código catalán incluye otra traba a la eficacia de los pactos en previsión de una ruptura: se impone al cónyuge que pretenda hacerlos valer la carga de probar que facilitó al otro cónyuge información suficiente sobre su situación financiera, actual y esperada, al tiempo de suscribir el acuerdo. Por consiguiente, parece recomendable obtener una declaración firmada, de modo que se preconstituya la prueba de haber proporcionado información suficiente.

Aunque no existe ninguna disposición específica en este sentido, cabe afirmar que toda estipulación que ponga trabas al derecho de los cónyuges a iniciar un proceso de divorcio o separación debe considerarse ineficaz.⁵⁴ Pero la pregunta es, en general: ¿en qué medida restringe el acceso a la separación o al divorcio el hecho de quedar en una situación desventajosa tras la ruptura? Es una triste realidad que, en el actual contexto español, muchas parejas infelices están soportando la situación simplemente porque sienten que no pueden permitirse el lujo de divorciarse (no debido a los gastos, en el sentido de costes de transacción, que puede implicar, sino porque no están en condiciones de mantener dos hogares). ¿Se aplica la misma lógica, si uno de los cónyuges se ha comprometido a pagar grandes cantidades a la otra si se separan? Está claro que, si tuviéramos que seguir esta línea de pensamiento, habría que entender que un buen número de acuerdos en previsión de ruptura futura restringen el derecho del cónyuge a no permanecer en una relación personal que no está funcionando.⁵⁵

⁵³ Véase las fuentes citadas en la nota 24 y texto correspondiente.

⁵⁴ Ginés Castellet, *supra* nota 24, en la pág. 2606; María Paz García Rubio, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia*, en NOUS REPTES DEL DRET DE FAMÍLIA 108-10 (2005).

⁵⁵ Véase dos enfoques distintos en cuanto a la obligación asumida por parte del marido de pagar una compensación, dependiendo de la duración del matrimonio, en A.P. Almería § 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623); A.P. Sta. Cruz de Tenerife § 1, 7 de julio de 2008 (JUR 2009/108893).

IV. Un concreto acuerdo en previsión de ruptura que recibió el beneplácito del Tribunal Supremo español

A. Los hechos

El 31 de marzo de 2011, el Tribunal Supremo español dictó sentencia respecto de la validez y eficacia de un convenio mediante el cual el esposo se comprometió a realizar ciertos pagos a la esposa en caso de separación.⁵⁶

Los hechos que dieron lugar a este recurso de casación fueron los siguientes. Los esposos se casaron en junio de 1987. El 17 de octubre de 1989, la esposa presentó demanda de separación. El proceso finalizó sin sentencia porque los cónyuges se reconciliaron y llegaron al acuerdo en torno al cual gira el caso. Tuvieron un hijo, pero, en 1992, la esposa interpuso nueva demanda de separación. Recayó sentencia de separación en 1993 y de divorcio, en 1996. El régimen económico matrimonial se liquidó en 1998 (probablemente siguiendo el engorroso procedimiento establecido por los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El pacto de 1989, realizado en escritura pública, amén de tomar como punto de partida el desistimiento de la esposa en el procedimiento de separación iniciado unos días antes, contenía básicamente tres previsiones: (1) La disolución de la sociedad de gananciales, de modo que los cónyuges pasarían a regirse por la separación de bienes; (2) la obligación del marido de abonar a la esposa la cantidad equivalente (esto es, actualizada en función del índice de precios al consumo, el IPC) a 200.000 pesetas mensuales en caso de nueva separación, y (3) la obligación, también a cargo del marido, de *donar* a la esposa un piso o un apartamento elegido por ella, de valor no superior a 30 millones de las antiguas pesetas, nuevamente actualizado en función del IPC.⁵⁷

Durante los procesos de separación y divorcio se omitió toda referencia al acuerdo, lo que hace sospechar que la liquidación del régimen económico matrimonial practicada en 1998 se practicó respecto de la sociedad de gananciales que, según el pacto, debió haber quedado disuelta en 1989 –y no en 1993, que es cuando recayó la sentencia de separación, que tiene como efecto la disolución del régimen económico de comunidad.

⁵⁶ S.T.S., 31 de marzo de 2011 (R.O.J., STS 2158/2011). Fue magistrado ponente de esta sentencia la doctora Encarnación Roca Trías, actualmente magistrada del Tribunal Constitucional y autora, entre otras muchas publicaciones, del estudio relativamente reciente: Encarnación Roca Trías, *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, en 2 HOMENAJE AL PROFESOR LLUÍS PUIG I FERRIOL, 2107-2140 (Juan Manuel Abril Campoy & María Eulalia Amat Llari eds., 2006).

⁵⁷ La antes citada S.A.P. Barcelona 5 de enero de 2011 (JUR 2011/136804) dio eficacia a un pacto similar. En ese caso, se había pactado en capitulaciones que la obligación del marido de dar en usufructo vitalicio a la esposa una vivienda de valor no superior al sesenta por ciento del que actualmente constituía la vivienda familiar, a escoger por la esposa, con la limitación de que no se hallase a más de veinte kilómetros en línea recta del actual domicilio conyugal. Los gastos correrían a cargo del marido, que debería abandonar el hogar familiar hasta que se formalizase la compra y cesión del usufructo.

En 1999, la esposa intentó ejecutar los pactos documentados en escritura pública, lo que le fue denegado por iliquidez de las deudas. En 2002 interpuso demanda de juicio declarativo exigiendo el cumplimiento por parte del marido de las dos obligaciones reseñadas, con la indemnización por daños y perjuicios correspondiente.

Tanto en primera instancia como en apelación⁵⁸ se desestimaron las pretensiones de la actora. El Tribunal Supremo, por su parte, reconoció validez y eficacia al pacto como tal, pero solo en cuanto a la pensión mensual, en tanto no hubiese prescrito y no respecto de la *promesa de donación*, con un proceder que, como mínimo, llama a la reflexión.

B. La validez de los acuerdos matrimoniales en previsión de una futura ruptura

En la sentencia que comentamos (fundamento jurídico tercero), el Tribunal repasa la jurisprudencia que admite la validez de los pactos que prevén las consecuencias de una futura separación, partiendo de la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997,⁵⁹ que es, justamente, la que presenta un supuesto de hecho más parecido al que nos ocupa, como se comentará en breve. Se menciona también la Sentencia del mismo Tribunal de 27 de enero de 1998,⁶⁰ pero en este caso las referencias a los pactos realizados fuera de convenio regulador y en previsión de una ruptura son meros *obiter dicta*, puesto que lo que se trataba de dilucidar en realidad era si, tras la separación de hecho, decaía o no el fundamento de la sociedad de gananciales, optándose por lo primero, de modo que los bienes adquiridos con posterioridad a la separación se consideraron privativos (es la separación de hecho y no el convenio lo que priva de fundamento la sociedad de gananciales). La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1998,⁶¹ contempló un caso en que, el mismo día en que las partes acordaron una propuesta de convenio regulador, que contenía la liquidación de la sociedad de gananciales, suscribieron otro documento privado en que se hacía constar que, pese a que en el convenio apareciese una cantidad de dinero a entregar a la esposa en concepto de liquidación del régimen, “por los motivos que ambas partes conocían”, la cantidad debida era muy superior. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1998,⁶² se declaró la validez de un acuerdo de las partes que complementaba una previa liquidación de la sociedad de gananciales en convenio regulador judicialmente aprobado. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002,⁶³ otorga validez y efi-

58 A.P. Madrid § 20, 19 de enero de 2007 (J.U.R., Núm. 158244) (España).

59 S.T.S., 22 de abril de 1997 (R.J., Núm. 3251), (España).

60 S.T.S., 27 de enero de 1998 (R.J. Núm. 110) (España).

61 S.T.S., 21 de diciembre de 1998 (R.J. Núm. 9649) (España).

62 S.T.S., 23 de diciembre de 1998 (R.A.J., Núm. 9758) (España).

63 S.T.S., 15 de febrero de 2002 (R.A.J., Núm. 1619) (España).

cacia a un documento privado, denominado convenio regulador, cuyo cumplimiento se solicitaba fuera del procedimiento matrimonial: se estimó que el negocio no había quedado supeditado ni condicionado a la posterior homologación judicial, sino que simplemente regulaba las consecuencias de la separación de hecho y, como tal, vinculaba a las partes (en concreto, vinculaba al marido a satisfacer a la esposa una cantidad mensual en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos). En el caso resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007,⁶⁴ no sabemos si los cónyuges llegaron a separarse o no, pero efectivamente se dio validez a tres documentos otorgados el mismo día (capítulos con liquidación de gananciales, convenio regulador y reconocimiento de deuda), aunque no se consideró que la obligaciones surgidas de los distintos títulos pudieran ser consideradas recíprocas y, por tanto, no procedía la resolución por incumplimiento de uno de ellos.

Notemos que en todos estos casos los pactos se celebran una vez que los cónyuges ya se han dado cuenta de que la convivencia resulta imposible, de modo que no se da esa peculiaridad de los pactos propiamente en previsión de una ruptura, consistente en que las partes perciben como remota la crisis.

Así las cosas, lo que se constata una vez más que, pese a la falta de regulación en el Código español de los pactos de ruptura matrimonial, gracias al principio de autonomía de la voluntad y a la construcción jurisprudencial, los cónyuges son libres de acordar lo que tengan por conveniente, no solo en el marco de un convenio regulador a homologar judicialmente, sino también fuera del mismo, ya para complementarlo, ya en su lugar si no se llega a tramitar el procedimiento matrimonial.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, se da la particularidad de que el llamado convenio regulador se realizó en escritura pública, constante matrimonio, en un momento en que todo apunta a que los cónyuges se habían reconciliado (recordemos que, justamente, uno de los pactos tenía por objeto el desistimiento del pleito de separación iniciado), en previsión de que volvieran a surgir problemas en su relación. Y, en cambio, no es cuando se plantean judicialmente la separación y luego el divorcio cuando se pretende la eficacia de estos acuerdos, sino una vez ya concluidos los dos procesos matrimoniales, incluso con liquidación de una sociedad de gananciales (en 1998) que, justamente, los cónyuges habían disuelto por acuerdo (a mi juicio, sin duda capitular) en 1989.

Sin perjuicio de que este no es el problema en que se centra la sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario, no es extraño, ante este modo de proceder, que la Audiencia –que, como veremos, no alcanza a comprender cuál es la razón o causa por la que el marido asume las obligaciones de pagar una renta y realizar una donación caso de producirse una nueva separación – llegue a afirmar que la falta de alegación y de aportación del convenio de 1989 a los pleitos matrimoniales debe considerarse como novación tácita del acuerdo. Frente a ello la esposa niega que el documento contenga, pese a su denominación, un

64 S.T.S., 17 de octubre de 2007 (R.A.J., Núm. 7307) (España).

verdadero convenio regulador– y ello es incontestable: basta pensar en el momento en que se elaboró, que no coincide con el de la ruptura sino precisamente con el reinicio de la vida en común –y afirma que el contenido del acuerdo revela que en él se establecieron sendas donaciones. Si bien esto es cierto, no lo es menos que el pacto también contemplaba la disolución de la sociedad de gananciales. La pregunta que viene inmediatamente a la mente es: ¿cuál fue el contenido de la liquidación de la sociedad de gananciales?, ¿se estimó disuelta en 1989?, ¿o bien se consideró que siguieron generándose bienes gananciales, como mínimo, hasta la fecha de la firmeza de la sentencia de separación en 1993? Si fue esto último lo que ocurrió, a mi modo de ver, la exigibilidad de lo pactado resulta más que dudosa, en virtud tanto de la doctrina de los propios actos como del posible desequilibrio que entre las partes puede producir este proceder. En efecto, las atribuciones gratuitas del marido podían tener sentido en el marco de la separación de bienes que instauraban en el mismo documento como régimen del matrimonio. ¿Es legítimo mantener la vinculación a lo prometido en el marco de un sistema distinto al que luego se liquida? Sin conocer los detalles del caso, es imposible responder a esta cuestión, aunque seguramente este presumible desequilibrio explique en parte el contenido final de la resolución del Tribunal Supremo, más allá de la justificación dogmática que proporciona la sentencia misma.

De hecho, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997,⁶⁵ contemplaba un caso parecido al que es objeto de la sentencia y le dio la misma respuesta, pero con la nada desdeñable diferencia de que en esa ocasión no hubo disolución de gananciales, puesto que los cónyuges estaban casados en régimen de separación de bienes. Celebraron un *contrato de separación conyugal* donde, además de establecer las medidas a las que se refieren los artículos 90 y siguientes del Código español, se incluyó un pacto llamado de partición, pero que en realidad era de adjudicación de bienes. Cuando los cónyuges se separaron (contenciosamente) la sentencia hizo referencia al convenio, pero para constatar que los cónyuges lo sustituían por las medidas adoptadas por el juez. Con posterioridad, la esposa exigió que se cumpliera la estipulación relativa a la adjudicación de bienes, lo que fue aceptado tanto en primera instancia como en casación. Por consiguiente, contamos ya con dos sentencias del alto tribunal que, partiendo del carácter vinculante de los contratos, permiten exigir el cumplimiento de pactos relativos a la ruptura matrimonial incluso habiendo mediado sentencia de separación y/o divorcio. Cabe precisar, no obstante, que en el caso de 1997, parece que el convenio no homologado pudo haberse celebrado, no en previsión de la ruptura, sino cuando esta ya se estaba produciendo.

De todos modos, ambas sentencias tienen en común, además, que en los dos casos el contenido del pacto no se solapa con lo que pueda haberse establecido en concepto de medidas derivadas de la nulidad, separación o divorcio. En el

65 S.T.S. 22 de abril de 1997 (R.O.J., Núm. 3251, 4893).

supuesto resuelto en 1997, porque, estando casados los cónyuges en régimen de separación de bienes y, al no existir norma aplicable al caso que permitiera a los cónyuges practicar en el pleito matrimonial la división de los bienes adquiridos en comunidad ordinaria, quedaba fuera del ámbito del proceso especial la determinación de estas cuestiones.⁶⁶

Paralelamente, en el caso que nos ocupa, la atribución de una pensión mensual y la, llamémosla por el momento, promesa de donación, tampoco responden a ninguna de las previsiones legales que justificarían la adopción de medidas por parte del juez en el pleito matrimonial. Esta es, justamente, una de las cuestiones que preocupó en apelación; la sentencia de segunda instancia dedica buena parte del fundamento jurídico a argumentar que, no habiéndose constatado en los pleitos de separación y posterior divorcio la existencia de desequilibrio alguno entre los cónyuges que justificase el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la esposa, difícilmente podría apreciarse su concurrencia con posterioridad, especialmente si se tiene en cuenta que la liquidación de ganancias tuvo lugar en 1998, esto es, cinco años después de que recayera sentencia de separación y sin que en ningún momento durante todo este tiempo se hiciese valer lo pactado en 1989.

No obstante, para el Tribunal Supremo esto no es óbice al reconocimiento de la fuerza vinculante del contrato: “[a]l no tratarse de un convenio regulador no debía aportarse a la segunda demanda de separación, porque goza de autonomía propia y no está ligado al procedimiento matrimonial”.⁶⁷ El acuerdo se describe como pacto atípico en el que se establecen obligaciones del marido frente a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación. Como cualquier contrato, debe reunir los requisitos del artículo 1261 del Código español. No es impedimento para su admisibilidad que surjan obligaciones sólo a cargo de una de las partes. Lo único que es preciso dilucidar, según el Tribunal, es si su contenido adolece de algún defecto que lo anule. Hecho este razonamiento, se procede a analizar la posible infracción del artículo 1256 del Código español, y posteriormente, la validez de las concretas previsiones de pago de una cantidad mensual a la esposa y de *donación* de un apartamento o piso, a elección de la demandante, que no superase un determinado precio. Sin embargo, antes de prestar atención a estas cuestiones, puede resultar de interés pasar el convenio de 1989 por el tamiz de la moderna regulación catalana.

⁶⁶ Sobre la cuestión relativa a la posibilidad de dividir los bienes en comunidad ordinaria en el seno de un procedimiento matrimonial, a raíz de una polémica sentencia del Tribunal Constitucional español y la posterior reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en este punto, véase Lluís Caballol I Angelats, *Consideraciones en torno a la constitucionalidad del art. 43 del Código de Familia de Cataluña con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional 21/2012, de 26 de febrero*, INDRET: REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO http://www.indret.com/pdf/911_es.pdf; y Miriam Anderson, *The Impact of the Spanish Constitutional Court's Judgments on Family Law and Succession in the Autonomous Communities*, en PATRIMONIUM 379-94 (Walter Pintens & Charlotte Declerck eds., 2013).

⁶⁷ S.T.S., 31 de marzo de 2011 (R.O.J.: STS 2158/2011) (España).

C. *¿Habría superado este pacto los controles establecidos en la legislación catalana?*

Visto que la regulación catalana es moderna y detallada, a diferencia de lo que ocurre en el marco del Código español, parece que un pacto como el que está en el origen de la sentencia comentada debería encontrar acomodo rápidamente entre sus disposiciones. Sin embargo, fijémonos en que si el pacto se celebrase hoy y resultase aplicable el Código catalán, no sería eficaz como pacto en previsión de la ruptura matrimonial, por incumplir los requisitos recogidos en el artículo 231-20 de ese Código.

Pese a haberse otorgado en escritura pública, el notario no informó separadamente a las partes de la trascendencia de aquello a lo que se estaban comprometiendo (en concreto, de la agravación de la situación para el marido) y tampoco hay constancia de que entre ellas se informasen adecuadamente sobre sus respectivas situaciones y expectativas económicas, aunque aquí cabe sospechar que sí lo hicieron. Por consiguiente, la esposa no habría podido exigir el cumplimiento de los pactos de 1989 acumuladamente a la acción de separación o de divorcio, por no contar el convenio con garantías suficientes, a los ojos del legislador catalán. Pero, ¿podría la esposa haber solicitado el cumplimiento del convenio por medio de un juicio declarativo ordinario, como un contrato cualquiera, tal y como se hizo en nuestro caso?

A primera vista, no resulta sencillo responder a esta cuestión. Por un lado, siguen rigiendo los artículos del Código español que sancionan la fuerza vinculante de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad tiene su traducción en el artículo 111-6 del Código catalán, bajo la denominación *principio de libertad civil*. Además, en ningún lugar se dice expresamente que sea preciso exigir el cumplimiento de este tipo de pactos en el pleito matrimonial, sino que simplemente se autoriza que se acumulen al pleito especial las pretensiones derivadas de acuerdos que cumplan los requisitos previstos en los artículos 231-20 y 233-5 del Código catalán. Pero, por otro lado, como ya ha habido ocasión de apuntar, parece que el legislador catalán ha intentado positivizar la libertad de pacto en cuanto a las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio por medio de una regulación considerablemente minuciosa, que pone el acento en garantizar la libre formación de la voluntad y en la necesidad de limitar la eficacia del pacto en casos en que se ponga en entredicho la capacidad de hacer frente a las necesidades básicas de uno de los cónyuges (la solidaridad familiar sobrevive a la ruptura). Pese al ya referido uso de una expresión que denota facultad y no deber, resulta claro que el artículo 233-5 del Código catalán está pensando en que los pactos en previsión de una ruptura se harán valer en el marco del pleito matrimonial, que es el momento en que la autoridad judicial podrá fiscalizar el conjunto de medidas a adoptar y determinar si generan o no una situación gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (en el caso de los pactos previstos en el artículo 231-20 del Código catalán) o si contravienen la ley, la moral o el orden público (si se han incorporado a un convenio regulador o -convendrá entender - si se han estipulado en situación de ruptura de la convivencia).

Por si esto fuera poco, recordemos que el artículo 231-20 del Código catalán requiere que los pactos de exclusión y de renuncia a derechos sean recíprocos; no hay duda de que está pensando en la renuncia a derechos previstos como medidas derivadas de la nulidad, separación o divorcio (en particular, la compensación económica o la prestación compensatoria), pero ¿no cabría considerar como pacto de renuncia la asunción de obligaciones por parte del marido que la ley no le impondría? Es decir, ¿no estaría el marido renunciando al derecho a no satisfacer cantidades a su esposa cuando asume el compromiso de hacerlo aunque no concurren las circunstancias que le darían derecho a ello?, ¿se cumple la exigencia de reciprocidad?

Si seguimos adelante por esta línea argumental, puede muy bien acabar sucediendo que, en un contexto como el que define el Código español, en que, a primera vista, la admisibilidad de los pactos en previsión de una ruptura sería muy reducida de no ser por la jurisprudencia que los acepta, los cónyuges gocen de mayor libertad que cuando se encuentren sujetos a la más moderna legislación catalana. Ello seguramente concuerda con la intención del legislador autonómico de cohonestar el respeto hacia la autonomía privada con la necesidad de tomar en consideración que los pactos en previsión de una ruptura generalmente se celebran en condiciones de alejamiento emocional respecto del evento que se contempla y que estos pactos no deben ser tratados como un contrato cualquiera, que no esté vinculado a una determinada situación personal y familiar. En el supuesto que nos ocupa, no obstante, hay que reconocer que esta falta de proximidad a la posible ruptura de la convivencia brilla por su ausencia, puesto que los cónyuges estaban, precisamente, inmersos en un pleito de separación. Pero, de todos modos, la conclusión es clara: allí donde más o menos recientemente se ha legislado sobre pactos en previsión de una ruptura matrimonial, se han tomado en consideración una serie de circunstancias que determinan la admisibilidad solo de algunos pactos y no de cualquier pacto que cumpla los requisitos del artículo 1261 del Código español, contrariamente a lo que viene a confirmar la sentencia que nos ocupa para el caso en que resulte de aplicación el Código Civil español.⁶⁸

D. La validez del contenido del acuerdo

La obligación de pagar una renta mensual se estima válida y eficaz, mientras que la que llaman promesa de donación se considera inválida, por vulnerar la prohibición de donar bienes inmuebles futuros, con apoyo en la jurisprudencia que se cita.

Por lo que se refiere a la obligación de abonar una renta mensual (elevada) a la esposa, el Tribunal Supremo entiende que se pactó con independencia de que concurrieran o no los requisitos de la pensión compensatoria, seguramente para

⁶⁸ Nina Dethloff, *Contracting in Family Law: A European Perspective*, en *THE FUTURE OF FAMILY PROPERTY IN EUROPE* 65-94 (Katharina Boele-Woelki *et al.* eds., 2011).

completar los efectos previstos legalmente para la separación o el divorcio. En consecuencia, se estima que el pacto no estaba ligado al proceso matrimonial y que, por consiguiente, su falta de aportación a la segunda demanda de separación no es equiparable a una renuncia a los derechos que pudiesen de él derivar. Con posterioridad (fundamento jurídico octavo), asumiendo la instancia, se estima que las pensiones se debieron desde la firmeza de la sentencia de separación, pero que habrían prescrito las mensualidades que no se hubiesen reclamado dentro de los cinco años posteriores a su devengo.⁶⁹ Todo ello, con la actualización correspondiente a la aplicación del IPC, tal y como se había pactado. Las cantidades debidas por atrasos y la cuantía de las pensiones futuras se dejan para ejecución de sentencia.

A diferencia de lo que sucede con la obligación de pagar una renta mensual, la obligación de donar un inmueble a elegir por la esposa (que, seguramente, sería una obligación alternativa) se considera nula de pleno derecho, por infringir lo dispuesto en el artículo 635 del Código español, es decir, por recaer sobre bienes futuros, que son aquellos sobre los cuales el donante no puede disponer al tiempo de la donación. La alusión a la indeterminación del objeto parece superflua, puesto que el verdadero fundamento de la decisión yace en el hecho de que “la donación transfiere la propiedad de los bienes donados al donatario, lo que resulta imposible en relación con los futuros”.⁷⁰ Ello se refrenda, además, con referencia a la jurisprudencia que ya se ha pronunciado en el mismo sentido y sobre la cual se volverá en breve.

En primer lugar, no obstante, hay que señalar que en nuestro caso el TS se decanta claramente (y quizás con un exceso de celo) por el carácter dispositivo de la donación. Sabido es que, pese a que la doctrina española mayoritaria se inclina por caracterizar la donación como contrato (obligatorio), otra línea de pensamiento le atribuye naturaleza de negocio jurídico bilateral (o unilateral) inmediatamente transmisivo, lo que concuerda con su ubicación sistemática, con la redacción de los artículos 609, 618 o 624 del Código español, y también, señaladamente, con el hecho de que se prohíba la donación de bienes futuros (artículo 635), lo que probaría que “sólo se dona dando”.⁷¹ El Código catalán caracteriza sin lugar a dudas a la donación como negocio dispositivo.⁷²

Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha mantenido una tesis uniforme en este punto. Por un lado, atribuyen naturaleza contractual a la donación, especialmente con base en la necesidad de aceptación y en la letra del artículo 621, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1930; 7 de diciembre de 1948; 6 de abril de 1979; 31 de julio de 1999, y 31 de marzo de

⁶⁹ Cód. Civ. ES, art. 1966.

⁷⁰ S.T.S., 31 de marzo de 2011 (R.O.J.: STS 2158/2011) (España).

⁷¹ Para un resumen de las distintas posturas, recientemente, véase Miriam Anderson *Comentario al art. 618 CC, en 2 CÓDIGO CIVIL COMENTADO* 91-97 (Ana Cañizares Laso et al. eds., 2011).

⁷² Cód. Civ. CATALUÑA arts. 531-7 a 531-22.

2001.⁷³ Pero en algunas sentencias se ha partido del carácter netamente dispositivo de la donación que, por tanto, no puede ser concebida como contrato y no requiere tradición, por comportar de suyo la transmisión del derecho donado, siempre que el donatario la acepte. Así, podemos citar las Sentencias de 22 de junio de 1982, en la que se deduce el carácter dispositivo de la letra del artículo 618; 22 de diciembre de 1986, y 25 de octubre de 1993. Asimismo, podemos citar en cuanto a la innecesaridad de tradición, las sentencias de 17 de julio de 1995 y 14 de octubre de 2002.⁷⁴ La tesis que menos éxito parece haber tenido en la práctica es la que defiende el carácter de negocio jurídico unilateral de la donación.

Parecen partir también de que la donación es un negocio jurídico dispositivo bilateral las sentencias del Tribunal Supremo que no permiten las promesas de donación futura de bienes inmuebles, como las de 22 de diciembre de 1986; 23 de diciembre de 1995, y 16 de febrero de 1996, citadas después en la de 25 de noviembre de 2004.⁷⁵ No obstante, como se hace notar en las dos sentencias de 2008 de 24 y 25 de enero⁷⁶, expresamente citadas y parcialmente transcritas en la que nos ocupa, en ocasiones se trata simplemente de privar de eficacia a las promesas unilaterales de donación (*que no a la donación obligatoria*), puesto que el Código Civil exige que sean aceptadas por el donatario.⁷⁷ En los dos casos resueltos por el Tribunal Supremo en enero de 2008, se trataba de determinar la validez como donaciones de las promesas contenidas en convenios reguladores homologados judicialmente, entre cuyas previsiones los cónyuges se comprometían a donar bienes a los hijos comunes cuando alcanzasen cierta edad; los donatarios, al no ser parte en el pleito, no pudieron aceptar, y este es el motivo por el cual se les deniega virtualidad alguna. Como se desprende incluso del fragmento transcrito en la sentencia que nos ocupa, la donación obligatoria es otra cosa, de la que no se ocupan las sentencias de 2008 (y que, en cambio, sí es objeto de la Sentencia de 31 de marzo de 2011, como lo fue también de las de 23 de diciembre de 1995 y 16 de febrero de 1996).⁷⁸

⁷³ S.T.S., 31 de marzo de 2001 (R.A.J., Núm. 3990) (España); S.T.S., 31 de julio de 1999 (R.A.J., Núm. 6221, pág. 9790) (España); S.T.S., 6 de abril de 1979 (R.A.J., Núm. 1273) (España); S.T.S., 7 de diciembre de 1948 (R.G.L.J., Núm. 62) (España); S.T.S., 22 de enero de 1930 (R.G.L.J., Núm. 78) (España).

⁷⁴ S.T.S., 14 de octubre de 2002 (R.A.J., Núm. 10171) (España); S.T.S., 17 de julio de 1995 (R.A.J., Núm. 5707) (España); S.T.S., 25 de octubre de 1993 (R.A.J., Núm. 7654) (España); S.T.S., 22 de diciembre de 1986 (R.A.J., Núm. 7795) (España); S.T.S., 22 de junio de 1982 (R.A.J., Núm. 3437) (España).

⁷⁵ S.T.S., 25 de noviembre de 2004 (R.A.J., Núm. 7251) (España); S.T.S., 16 de febrero de 1996 (R.A.J., Núm. 1257) (España); S.T.S., 23 de diciembre de 1995 (R.A.J., Núm. 9396) (España); S.T.S., 22 de diciembre de 1986 (R.A.J., Núm. 7795) (España).

⁷⁶

S.T.S., 25 de enero de 2008 (R.A.J., Núm. 225, pág. 518) (España); S.T.S., 24 de enero de 2008 (R.J., Núm. 218) (España).

⁷⁸ S.T.S., 23 de diciembre de 1995 (R.A.J., Núm. 9396, pág. 12474) (España); S.T.S., 16 de febrero de 1996 (R.A.J., Núm. 1257) (España).

Incluso quienes opinan, como es el caso de quien suscribe esta líneas, que la donación típica prevista en el Código español es un negocio dispositivo (y bilateral, por requerir insistentemente el articulado la aceptación del donatario y por haberlo entendido así la jurisprudencia de modo reiterado), entienden que debe ser posible, con base en el principio de autonomía de la voluntad, la celebración de contratos atípicos de donación, siendo así, además, que la *mera liberalidad del bienhechor* figura entre las causas genéricas a las que da entrada el artículo 1274 del Código español. Si bien este precepto puede estarse refiriendo a otros contratos gratuitos, ampara también al contrato de donación en cuanto a la licitud de la causa. ¿Cuáles podrían ser estos otros contratos? Viene a la mente el comodato, el mandato no remunerado . . . y, claro está, la renta vitalicia gratuita a la que se refiere el artículo 1807 del propio Código Civil español.

A mi modo de ver, el razonamiento de la Sala puede ser calificado al menos como excesivamente rígido.⁷⁹ Doctrinalmente no se niega la posible validez de la donación meramente obligatoria: se trataría de un contrato atípico, que, por su naturaleza gratuita, debería estar sujeto a reglas propias la causa gratuita (como las relativas a la revocación o a la reducción por inoficiosidad), pero no cuando estas encuentren justificación precisamente en el carácter dispositivo del negocio, como es el caso del artículo 635 del Código Civil español. Por tanto, parece perfectamente posible que uno se obligue a donar lo que no tiene en el momento de celebrar el contrato atípico de donación obligatoria.

Es el mismo fundamento que explica la licitud de la renta gratuita a la que se acaba de hacer referencia y que, justamente, es el contrato típico más similar al concertado entre las partes para establecer a cargo del marido una pensión mensual (que, dicho sea de paso, no sabemos si es vitalicia o no; al no haber alusión alguna al respecto en la historia del caso, parece que debemos inclinarnos por la afirmativa).

Sabido es que la mayoría de los autores que se han ocupado de este contrato no dudan en equipararla a la donación,⁸⁰ afirmando con frecuencia que solo una tendencia hacia la formalización de los tipos contractuales por parte de la jurisprudencia conduce a separar ambas figuras.⁸¹

De hecho, una de las sentencias citadas por el propio Tribunal Supremo en el caso que nos ocupa, en apoyo de la nulidad de la donación de bienes futuros,

⁷⁹ Véase Josep Ferrer Riba, *Marital Agreements and Private Autonomy in Spain*, en *MARITAL AGREEMENTS & PRIVATE AUTONOMY IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 362 (Jens M. Sherpe ed., 2012), quien califica el argumento como “débil y formalista”. *Id.*

⁸⁰ JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *LA RENTA VITALICIA* 28-29, 87-90, 205-218 (1963); J.M. BÁRDENAS CARPIO, *LA RENTA VITALICIA ONEROSA* (1995) 158; Juan Cadarso Palau, *Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1987* (1988) 1 *La Ley* 225; ANTONIA NIETO ALONSO, *DONACIÓN ONEROSA Y VITALICIO: PERSPECTIVA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS* 168 (1998).

⁸¹ Joaquín Ataz López, *Comentario a la STS de 23 de mayo de 1987*, 14 *CUADERNOS CIVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL* 4655 (1987); Ángel Carrasco Perera, *Comentario a la STS de 3 de noviembre de 1988*, 18 *CUADERNOS CIVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL* 986-87 (1988).

la antigua Sentencia de 6 de junio de 1908, se refería, no a una donación propiamente dicha, sino a una *promesa de constitución de renta vitalicia a título gratuito*, requiriéndose como elementos indispensables *de la donación* la realización del acto por el donante y la aceptación del donatario.⁸²

Llegados a este punto, y por mucho que el razonamiento teórico de la sentencia sea perfectamente comprensible, las preguntas que surgen son múltiples. Para empezar, ¿qué diferencia práctica hay entre la obligación de pagar una renta mensual (quizá durante toda la vida de la acreedora) y la de entregar un inmueble elegido por la esposa que no exceda de un determinado valor, llegado el caso de una nueva separación? El resultado de la obligación sin contraprestación puede acabar redundando en un mayor empobrecimiento del marido con correlativo enriquecimiento de la esposa en el caso de la renta que en el caso del inmueble; con lo cual los derechos de legitimarios y de terceros pueden verse tanto o más cercenados. ¿Habrían variado las cosas si en lugar de emplear en el convenio la expresión *donar* se hubiese utilizado sencillamente el verbo *entregar*? ¿Se habría acudido entonces a una aplicación tan rigurosa del artículo 635 del Código Civil español. Los requisitos de forma, tendentes a garantizar la reflexión del donante, se cumplieron con el otorgamiento de la escritura. Yendo algo más lejos, ¿es el carácter inmobiliario del objeto prometido lo que lleva a esa exigencia sin paliativos de existencia (y poder de disposición) sobre el objeto en el momento del otorgamiento del pacto? De ser así, ¿se habría aceptado la validez de una obligación de entregar treinta millones de pesetas, es decir, el valor que como máximo podía tener el inmueble a entregar a la esposa? Si en estas condiciones se hubiera admitido la validez del pacto, ¿por qué cambian las cosas cuando el dinero no se entrega directamente, sino por medio de la adquisición de un inmueble? ¿no sería equiparable el caso al de una donación de dinero modal –*para la adquisición de un inmueble*? Si, por el contrario, se hubiera aceptado el pacto de renta mensual y no el de entregar una cantidad de dinero en bloque por ser el segundo una donación a la que le sería de aplicación el artículo 635 del Código, inmediatamente hay que preguntarse qué diferencia hay entre uno y otro supuesto. Y no hay ninguna.

CONCLUSIONES

He empezado estas últimas líneas del comentario a la Sentencia de 31 de marzo de 2011 buscando alguna justificación práctica a la diferencia de trato entre el pacto conforme al cual el marido se obligaba a pagar una pensión mensual y el pacto de entregar un inmueble, elegido por la esposa, hasta un valor máximo. Sigo sin encontrarla. No puedo evitar preguntarme si no será que, en el fondo, no son tan libres las partes de pactar lo que tengan por conveniente al margen de las medidas derivadas de un pleito matrimonial. Si las legislaciones modernas tienden a limitar la autonomía privada entre cónyuges, en atención a las

82 S.T.S., 6 de junio de 1908 (R.G.L.J., Núm. 84) (España).

circunstancias tantas veces mencionadas en estas líneas, será porque no es tan seguro que un negocio de contenido patrimonial, pero conexo a la disolución del matrimonio, deba medirse únicamente frente a lo que establece con carácter general el artículo 1261 del Código español para los contratos de cualquier clase. En ausencia de límites normativos, es hasta cierto punto lógico que los tribunales los encuentren por medio de otros mecanismos técnicos, pero ello no deja de generar perplejidad e inseguridad jurídica. Habrá que ver si se produce la tendencia inversa en Cataluña; es decir, si los tribunales articularán medios alternativos para dotar de eficacia a pactos que no cumplan los requisitos marcados por el nuevo Libro II del Código catalán. Confiemos en que no sea así; con independencia de que la regulación actualmente en vigor se considere mejorable o no, no hay duda de que perdería toda virtualidad si pudiesen hacerse valer fuera del pleito matrimonial contratos celebrados entre las partes que no cumplan los requisitos previstos en los artículos 231-20 y 233-5 del Código catalán y cuyo contenido, por tanto, no pueda ser tenido en cuenta a la hora de valorar la adopción de medidas en el pleito matrimonial.