

DERECHO DE FAMILIA AVANZADO

BLOQUE 1: BLOQUE INTRODUCTORIO. FAMILIA Y CONSTITUCIÓN. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL AMBITO FAMILIAR. DERECHO DE ALIMENTOS.

PARTE 2: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL AMBITO FAMILIAR.

(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO)

(Coordinador: José Manuel Ruiz-Rico Ruiz)

**AUTORES: María Dolores Ruiz-Rico Arias
Doctora en Derecho. Abogada
José M. Ruiz-Rico Ruiz
Catedrático Derecho Civil**

3.- Autonomía de la voluntad en el Derecho de familia: posibles manifestaciones:

Veamos ahora con detenimiento algunos de los supuestos antes señalados de posibles pactos, acuerdos o manifestaciones de la autonomía privada de cuya licitud se puede dudar, y nuestra opinión al respecto :

a) Pactos antes del matrimonio, contenidos en pactos prematrimoniales o en capitulaciones matrimoniales: Pueden ser pactos de discutible legalidad los siguientes:

Pacto prematrimonial de renuncia a pensión compensatoria en caso de divorcio

Pacto prematrimonial sobre número o calidad de las relaciones sexuales

Pacto prematrimonial sobre negativa a tener hijos o sobre número de hijos

Pacto prematrimonial sobre conducta religiosa de la pareja

Pacto en capitulaciones sobre atribución de gestión de los bienes a uno solo de los cónyuges de modo indefinido

Pacto en capitulaciones sobre no necesidad de consentimiento del otro para actos dispositivos

Pacto en capitulaciones de exclusión de levantamiento de cargas familiares a uno de los cónyuges

Los examinamos uno a uno:

1.- Pacto prematrimonial de renuncia a pensión compensatoria en caso de divorcio:

El caso más típico de pacto prematrimonial en España, hasta la fecha, es el de renuncia anticipada a pensión compensatoria futura, y está admitido por el Tribunal Supremo. El propio legislador ordinario lo admite también implícita pero inequívocamente en el art. 97 CC.

Es evidente que entre dos personas mayores de edad, con plena capacidad, y libre autonomía, no puede negarse su validez. Parece poco dudosa su licitud, dado que además no vulneraría ningún derecho ni valor constitucional básico; incluso aunque no fuese un pacto de índole recíproca, sino que sólo uno de ellos se comprometiese a renunciar o no reclamar pensión compensatoria en el futuro, tras la crisis matrimonial.

El único posible fundamento para la invalidez o ineficacia de este tipo de pactos sería el hecho de haberse concertado en una situación de abuso de posición dominante de uno de los cónyuges respecto del otro. Sin embargo, un supuesto como éste parece poco probable en una sociedad como la nuestra, donde lo normal es que haya igualdad a la hora de contraer matrimonio. Además, no existe una base legal clara para considerar como causa o vía de anulación el citado de abuso de posición de una de las partes, lo que nos remitiría a los vicios del consentimiento, básicamente. En este sentido, sí podría plantearse la ineficacia del pacto si uno de ellos actuó con coacción, o en general condicionado por el otro o por su situación personal o económica: a pesar de ello, debe ser válido el pacto, salvo prueba precisa de concurrencia de algún vicio del consentimiento (art. 1265 ss. CC), en tanto se hubieran cumplido todos los presupuestos establecidos legalmente para ello.

Se duda sobre su validez si sólo se pacta unilateralmente, y no de forma recíproca: sin embargo, no creemos que haya una vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), ya que a la postre será un acuerdo que habrá sido consentido libremente por ambas partes, y habrá transcurrido un tiempo sin haber sido impugnado, trayéndose a colación su posible ineficacia mucho tiempo después de haber sido suscrito, y cuando se plantee una situación sobrevenida de necesidad. .

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018** ha admitido su validez en los siguientes términos:

“Fijado este extremo, cabe analizar si los pactos prematrimoniales, son contrarios al orden público.

Debemos declarar que la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que posibilitan un marco económico fluido, por lo que no consta alteración del orden público.

Es más, los cursos desarrollados por Dña. Gloria, en España, en la Escuela Oficial de Idiomas, homologando su conocimiento del ruso y cursando estudios de

español para extranjeros y de inglés, le facultan para una rápida inserción laboral que no hace aconsejable la fijación de una pensión compensatoria y por ello no puede entenderse cuestionado el orden público (art. 1255 del C. Civil).

Estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, no se sometió a Dña. Gloria a una situación de previsible precariedad.

SÉPTIMO.- *Pactos prematrimoniales. Derecho a la libertad, dignidad e igualdad.*

De lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dña. Gloria, por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz.

Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14 , 17 y 19 de la Constitución)...”.

Lo más dudoso finalmente, en este tipo de pactos, es si cabe su **ineficacia sobrevenida por cambio de circunstancias**, por ejemplo, por haber empeorado la situación económica de uno de los cónyuges en relación a la que tenía en el momento del pacto. A nuestro juicio, no debe ser así, ya que *se pactó justamente en previsión de ese acontecimiento* (ruptura futura, sin fijación de plazo, de la convivencia).

No obstante, el TS en **Sentencia de 24 de junio de 2015**, tras admitir la licitud de los pactos, parece admitir esta posibilidad de revisión o de ineficacia sobrevenida, sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus*, aunque finalmente no la aplica. A nuestro juicio, esta matización no resulta muy convincente. Reproducimos el texto de la sentencia citada:

“Entrando en las concretas cuestiones planteadas debemos declarar, en primer lugar, que no estamos ante un supuesto de renuncia de derechos o de renuncia a la ley aplicable, pues lo acordado por las partes no tiene su fundamento en la necesidad de alguno de ellos, ni en el desequilibrio posterior a la crisis del matrimonio, pues ambas partes gozaban de una saneada economía por lo que lo pactado es, como el acuerdo expresa, una renta mensual vitalicia que como pacto atípico tiene perfecto encuadre en el art. 1323 del C. Civil.

En segundo lugar, los pactos no son contrarios a la ley, moral u orden público, en cuanto se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación

conyugal, lo cual ya tiene cabida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y con un refrendo normativo en los arts. 1323 y 1325, del C. Civil.

En tercer lugar, no queda el cumplimiento del pacto al arbitrio de uno de los cónyuges, dado que como acuerdo fue negociado, como se deduce su posterior modificación y concreción, en cuanto a la fecha de cómputo de la renta, quedando fijada con claridad la condición que provocaría la obligación de pago de la renta vitalicia. Igualmente no supone promoción de la crisis, pues ninguno de los contratantes se encontraba en situación económica comprometida, como se deduce de lo declarado probado por la Audiencia Provincial.

En cuarto lugar, no queda cuestionada la igualdad de los cónyuges, pues no consta que los pactos hayan sido gravemente perjudiciales para el recurrente, de profesión abogado y divorciado de un matrimonio anterior, manteniendo ambos una saneada situación económica, lo que impide limitar los efectos de los pactos que libremente acordaron.

De los pactos tampoco puede inferirse que uno de los cónyuges quede en situación de abuso de posición dominante, ni que haya sumido al otro en una clara situación de precariedad que genere la necesidad de asistencia de instituciones públicas o privadas.

Es más, la insuficiencia de medios podría atentar contra el orden público al implicar la necesaria intervención del erario público, lo que queda descartado, en este caso, por la holgura de recursos de ambos (art. 1255 C. Civil).

No se aprecia que a través de los pactos se haya impuesto una situación de sometimiento a una de las partes, por lo que no se declara infracción del principio de igualdad (art. 14 de la Constitución) ni lesión del derecho a la dignidad (art. 10 de la Constitución) o libertad personal (arts. 17 y 19 de la Constitución).

En quinto lugar, no podemos analizar si se reúnen los requisitos para fijar o no una pensión, pues no fue eso lo pactado, dado que lo convenido fue una renta vitalicia mensual, que no una pensión compensatoria, por lo que tampoco es de aplicación el art. 97 del C. Civil ni, por la misma razón el art. 100 del C. Civil , sobre la aparición de circunstancias sobrevenidas.

Sin perjuicio de ello, en cuanto invocada, sí debemos analizar si en aplicación de la doctrina sobre la "cláusula rebus sic stantibus" cabe una moderación de lo pactado.

Esta Sala, en sentencias de 17 de enero de 2013, recurso 1579 de 2010 , 18 de enero de 2013, recurso 1318 de 2011 y 15 de octubre de 2014, recurso 2992 de 2012 , exige para la aplicación de la cláusula "rebus", con mayor flexibilidad que en otras épocas, que la alteración sea sobrevenida y que concurra aumento extraordinario de la onerosidad o que no concurra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación desencadenada (art. 9:503 de los Principios Europeos de la Contratación).

Aplicada la doctrina al caso de autos, hemos de rechazar la moderación o extinción de la renta vitalicia, pues no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantienen una desahogada situación financiera igual que la existente al momento de los pactos, por lo que ninguna variación se ha producido, razón que nos lleva a la aplicación del art. 1258 del Código Civil que determina

algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos”.

No puede perderse de vista además que estas afirmaciones constituyen un *obiter dictum* en esta sentencia, en cuanto las afirmaciones relativas a la posibilidad de revisar el pacto no son la *ratio decidendi* de la misma. Hasta la fecha no se ha dictado ninguna resolución por parte del Tribunal Supremo revocando la eficacia del pacto de renuncia anticipada como consecuencia de un cambio sobrevenido de circunstancias.

2.- Sobre los pactos sobre número o calidad de las relaciones sexuales, sobre negativa a tener hijos o sobre número de hijos o sobre conducta religiosa de la pareja:

Nos encontramos en todo estos caso ante pactos que son sin duda incoercibles, en cuanto suponen afectar al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, por lo que no se podría exigir su cumplimiento “in antura”, ni tampoco sería factible, como regla, un cumplimiento por equivalente en dinero. En general, debemos afirmar que son pactos que no parecen vinculantes, y que podrían ser incumplidos por cualquiera de los cónyuges, en principio sin consecuencias patrimoniales negativas.

En cuanto a su validez, seguramente no será inválidos en su origen, pues responden a formas concretas de organizar la convivencia de la pareja, ámbito en el cual el Estado no debería inmiscuirse.

La duda sólo se planteará cuando el pacto conlleve algún efecto jurídico, como por ejemplo, que se hayan previsto convencionalmente unas consecuencias patrimoniales negativas para el caso de incumplimiento (cláusula penal o similar).

A tal efecto, creemos que podrían ser válidas estas estipulaciones conjuntas. El problema estará en cómo llevar a la práctica esa sanción económica, si no se han establecido con total precisión los presupuestos para su aplicación: cabe

pensar por ej. en la idea de “culpa” o no del propio sujeto reclamante. Es posible que un juez rechace su aplicación a la vista de la indeterminación del supuesto de hecho previsto para devengo de la penalidad pactada.

3.- Sobre el pacto de atribución de poderes en exclusiva:

No creemos que se plantee aquí propiamente una cuestión de licitud o ilicitud del pacto, sino de calificación jurídica de lo pactado o autorizado: a nuestro juicio, estaremos ante un verdadero acto de apoderamiento unilateral, o a lo sumo una estipulación calificable como contrato de mandato (encajado dentro de un acuerdo más amplio), donde siempre es posible la revocación unilateral “ad nutum” por el autorizante (art. 1732.1º CC: extinción por revocación del mandante o poderdante).

Ello debe ser así incluso aunque se hubiera pactado un apoderamiento irrevocable: esa irrevocabilidad no debe impedir al sujeto recuperar todas aquellas facultades que son derivación de la propia autonomía patrimonial de todo sujeto, en cuanto a la toma de decisiones en exclusiva de todo lo que concierne al propio patrimonio (incluso aunque afecte a bienes o patrimonios en cotitularidad). A lo sumo, podría el apoderado irrevocable exigir algún tipo de responsabilidad al revocante cuando la revocación haya sido intempestiva e inesperada, en cuanto contraria a la buena fe, y generadora de daños puntuales.

4.- Sobre el pacto de no necesidad del consentimiento del otro cónyuge para actos dispositivos:

Creemos que debería seguirse el mismo o similar criterio que el aplicado al supuesto antes analizado. Ello en cuanto se trata realmente de un pacto de delegación de facultades propias, que debería ser revocable libremente en cualquier momento por el autorizante, para aplicar los parámetros legales de igualdad de las partes.

Habría que examinar además la eficacia o inoponibilidad de dicho pacto frente a terceros, si no estaba suficientemente publicitado.

b) Pactos a la hora de celebrar el matrimonio o durante el mismo:

Nos planteamos ahora la posibilidad de modalización o incluso de exclusión mediante pacto de algunos de los deberes conyugales establecidos legalmente, tales como:

Acuerdo de suspensión de la convivencia conyugal (¿por causas justificadas?)

Acuerdo de exclusión del deber de fidelidad

Pacto sobre atribución de roles en la convivencia (sin igualdad entre ellos)

Estipulación de sanciones económicas en caso de vulneración de los deberes, sobre todo el de fidelidad

(Tener en cuenta que una cuantía elevada podría obstaculizar el derecho al divorcio)

Como regla, debemos defender una posición abierta y favorable a su licitud.

Debemos tener en cuenta un dato relevante, y es que, si no son ya coercibles de hecho los deberes conyugales, tras las últimas reformas legales de 2005 y 2015, ni siquiera de forma indirecta, es porque para el legislador han dejado de ser mandatos imperativos. Por lo tanto, en consecuencia, debería admitirse sin problemas la licitud de pactos modificativos o excluyentes de algunos deberes conyugales.

Cuestión distinta es que esos pactos no deban tener eficacia frente a terceros, es decir, que no les serían oponibles en tanto no sean publicitados por el Registro Civil al inscribirse las capitulaciones matrimoniales (lo cual además se percibe como poco probable, al menos en la actualidad, y a partir de la Ley del Registro Civil vigente).

De hecho, el planteamiento de la indemnizabilidad por el incumplimiento de deberes probablemente ha sido la salida que de forma quizás inconsciente se ha dado por algunos abogados y algunos Tribunales a esa pérdida de valor y de imperatividad de los deberes conyugales. Seguramente no es muy razonable jurídicamente este último enfoque, a la vista de la doctrina emanada del Tribunal Supremo, a la que ya nos hemos referido más arriba.

En todo caso, habría que atender a las consecuencias de la exclusión de deberes por si conllevaran una voluntad contraria al modelo matrimonial en su conjunto, lo que podría hacer esos pactos como inválidos, en cuanto podrían en su globalidad componer un supuesto de nulidad matrimonial por una posible falta de consentimiento matrimonial (lo cual, ciertamente, sólo podría suceder en situaciones muy extremas).

- Respecto de los **pactos con estipulación de sanciones en casos de incumplirse deberes conyugales, o en caso de pago de compensación en función de la duración del matrimonio antes del divorcio o la separación:**

A nuestro juicio, deben admitirse en la actualidad sin demasiados problemas (aunque alguna antigua sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Almería, denegó la licitud del pacto por el que se pactaba una compensación por cada mes de matrimonio, a pagar cuando se solicite el divorcio).

Sólo se podrá dudar de su licitud cuando tengan establecido, en relación a las circunstancias del caso, una cuantía tan elevada como penalidad o sanción, que imposibiliten de hecho al sujeto gravado con esa pena el libre ejercicio de la acción de divorcio, ante el riesgo de tener que pagar una suma muy elevada de dinero (para ello, como presupuesto básico, habría además que acoger la idea de que existe un *derecho constitucional a divorciarse*, cuyo contenido esencial debe ser respetado, lo que no está del todo claro con el art. 32 CE en la mano, aunque nosotros ya hemos señalado que somos partidarios de ello).

Como datos de alcance general a tener en cuenta en el tema de la validez o invalidez de los pactos:

1.- En los últimos tiempos y en las más recientes reformas legales, se tiende a ampliar considerablemente el campo de actuación de la autonomía privada: un ejemplo evidente es el de la posibilidad de divorcio notarial, introducido en el año 2015.

2.- Por otro lado, la recientísima reforma de 2021 por Ley 8/2021 de 2 de junio ha añadido un plus adicional en este camino de reconocimiento de autonomía de los sujetos: ahora, las personas con discapacidad, que hasta la fecha estaban sujetos a controles mediante las sentencias de modificación de la capacidad de obrar y la imposición de una figura tutelar (tutela, curatela, defensor judicial), hoy se reconoce plena autonomía a estas personas con deficiencias físicas o psíquicas, obligando a los familiares y allegados y a la autoridad judicial a atender la voluntad deseos y preferencias de estas personas. Además, la reforma de la Ley 8/2021 de personas con discapacidad ha establecido la prioridad absoluta de las medidas de apoyo voluntarias, propuestas por el propio discapacitado (y canalizadas normalmente por vía notarial) a las medidas judiciales y legales.

- En suma, una cuestión importante para todo legislador es determinar cómo juega la idea de **orden público** en la regulación legal de las cuestiones familiares. Hasta la ley de 2021, era de orden público la protección del superior interés de los menores de edad y de los discapacitados: hoy sólo queda ya la tutela del interés del menor por encima de cualquier otro interés en juego.

3.- Por lo demás, las dudas también se plantean, ya al margen de la propia autonomía y decisión de los sujetos, alrededor de la manera de intervención: si a través del cauce judicial, o bien a través de intervenciones administrativas. Ya veremos que en unos casos, la intervención judicial será muy importante, resolviendo o autorizando o denegando las posibles decisiones adoptadas por los integrantes de la familia, y en otros, será decisiva la intervención de las administraciones públicas (en materia de protección de menores o de personas con discapacidad).

c) Pactos tras la crisis matrimonial, contenidos en convenios reguladores: posibles pactos dudosos:

Aquí podemos citar algunos de cuya licitud se podría dudar, tales como:

Pactos sobre atribución de la propiedad de un bien común a uno de los cónyuges en exclusiva o al hijo o hijos

Pactos sobre compensación económica distinta (o adicional) a la pensión compensatoria.

Este tema se verá al tratar del Convenio regulador y sus límites.

Cuestión previa por tratar: el matrimonio como contrato y la autonomía de la voluntad (autonomía respecto de la configuración del matrimonio):

Debemos plantearnos si técnicamente el matrimonio es o no un verdadero contrato.

A pesar de que se pudiera objetar desde una perspectiva más religiosa que jurídica, el matrimonio es realmente un contrato, solo que un contrato *sui generis*, dado que.

1.- No hay intereses contrapuestos en cuanto se constituye con una finalidad de vida en común y de compartir vida (convivencia) y patrimonio, en mayor o menor medida. A pesar de ello, podría decirse que guarda similitudes con los contratos societarios, donde tampoco los hay, sino una finalidad común (lucro común en la sociedades, o actividad común en las asociaciones).

2.- Como regla, y en general, o se puede obligar a los cónyuges a cumplir los deberes conyugales (de convivencia, de fidelidad). Lo cual conduce en buena medida a la posibilidad de ruptura unilateral “ad nutum” por cualquiera de los cónyuges, tal como existe en España desde el año 2005, con el divorcio unilateral sin alegación de causa.

Pero este último dato seguramente cualifica el matrimonio de otros contratos de índole societaria: están en juego derechos y libertades fundamentales que no pueden suprimirse a pesar de la existencia del vínculo.

Esto nos lleva a preguntarnos: *¿qué hay de “jurídico” en el matrimonio?*

A nuestro juicio, la respuesta es la siguiente: lo jurídico del matrimonio (entendido como posibilidad de ejercitar pretensiones ante un Tribunal) sería:

1.- El deber de alimentos entre cónyuges, mientras no exista divorcio (o separación), entendido como deber de sostenimiento, y no como deber de alimentos ex artículo 142 ss. del Código Civil. Este tema no obstante se puede poner en duda, ya que la separación de hecho, según algunos autores, conlleva la desaparición del deber de alimentos entre cónyuges, a pesar de la literalidad de los arts. 142 ss. CC, por cuanto la ruptura de la convivencia, sea bilateral o unilateral, produce como efecto inevitable la desaparición del deber de sostenimiento del otro cónyuge, al basarse éste justamente en la subsistencia de la convivencia conyugal.

2.- La presunción de paternidad. Se trata de un efecto jurídico indudable, aunque se trata ciertamente de un efecto indirecto o reflejo de la existencia de matrimonio. De hecho, podría no ser exclusivo del acuerdo matrimonial, puesto que hay países en los que la mera convivencia estable de pareja, con más o menos condiciones, supone también el nacimiento de tal presunción de paternidad.

3.- El deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares (sea cual sea el REM elegido): los cónyuges contribuirán según lo pactado o, en su defecto, de forma proporcional a sus respectivos caudales e ingresos, incluso aunque el régimen económico sea el de separación de bienes (art. 1438 y 1318 CC). No obstante, habría que plantearse seriamente la posibilidad de un pacto prematrimonial en capitulaciones según el cual sólo uno de los cónyuges asuma las cargas familiares, con exención total del otro.

4.- Quizás también puede tener consecuencias jurídicas el (incumplimiento posible del) deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes u otras personas a su cargo, regulado en el art. 68 CC, puesto que, según algunos autores, podría generar un deber de indemnizar o compensar lo realizado en exclusiva por uno de los cónyuges. De momento, no ha tenido reflejo en la práctica judicial.

-Se dice que no es contrato o negocio jurídico, porque no hay posibilidad de modificar su contenido (no es tampoco cierto del todo: es verdad lo dispuesto por el art. 58 CC, pero eso no impide modificaciones mediante pacto). Sin embargo, ya hemos visto cómo esta idea debe ser puesta en tela de juicio.

- **Matrimonio y promesa de matrimonio (arts. 43 y 44 CC):**

Quizás haya que replantearse también el valor actual de la promesa de matrimonio, a la vista de la nueva concepción del matrimonio. Entendida como acuerdo de ambas partes firme y seguro de contraer futuro matrimonio, habría que plantearse la posibilidad de vigencia, a pesar de la ruptura del matrimonio, si resulta que a pesar de todo hay una convivencia ulterior de las partes, pero fuera del matrimonio, como unión de hecho. Quizás en este caso, podría tener relevancia jurídica todas o algunas de las estipulaciones previstas para el caso de convivencia.

La condición, término y modo en el matrimonio:

También debemos replantearnos el valor del mandato contenido en el art. 45.II CC, cuando establece que el efecto de su establecimiento es que se tienen por no puestos.

Habitualmente se considera que, en cuanto a las condiciones matrimoniales, si ese condicionante no se puso de manifiesto ante el funcionario autorizante del matrimonio, podría implicar simulación, con apoyo (indirecto) en el art. 58 CC. Pero para que ello suceda, y pueda dar lugar a nulidad matrimonial, lo será en la medida en que pueda probarse que el consentimiento no se hubiera prestado de otra forma.

Debemos repensar la posibilidad de organizar la convivencia en la forma deseada por los cónyuges, en cuyo caso, más de que “condiciones”, hablaríamos de estipulaciones relativas a la organización de la pareja, que podrían ser válidas,

aunque afectasen de forma más o menos indirecta a los deberes conyugales (que ya vimos no son propiamente deberes de naturaleza imperativa).

- En cuanto al denominado “modo” en el matrimonio, entendido como imposición de obligaciones a uno de los cónyuges, que no entren dentro de lo fijado en el estatuto matrimonial, o dentro de lo susceptible de pacto entre los cónyuges. No está claro a qué se refiere la norma del art. 45.II CC con la expresión “modo”, dado que se trata técnicamente de una figura que suele concebirse tradicionalmente como *una carga impuesta en un contrato de carácter gratuito* (o en una disposición testamentaria), no ya en los matrimonios. A nuestro juicio, la libertad de pacto no tiene por qué excluir la eficacia de pactos a este respecto.

- Desde luego, no hay inconveniente legal para la posibilidad de fijar este tipo de condicionantes, cargas o nuevos deberes o formas organizativas *a posteriori*, esto es, después de celebrar el matrimonio, cuya eficacia sería plena, incluso en cuanto a los efectos jurídicos pactados (penalizaciones, por ej.; o atribuciones patrimoniales beneficiosas). Nos remitimos a las consideraciones generales sobre la libertad de pactos en el matrimonio, antes examinadas.

- Matrimonios de conveniencia:

Queda quizás referirse, por su relación con los temas expuestos, a la autonomía de la voluntad a la hora de contraer matrimonio, y en particular a la licitud o ilicitud de los llamados matrimonios de conveniencia, en donde históricamente se pactaba el matrimonio entre nobles o clase alta, generando una apariencia de convivencia, cuando realmente no lo había. La cuestión se analiza más abajo con detenimiento. Hoy la duda se plantea respecto de matrimonio entre nacional español y contrayente extranjero, que presuntamente pudiera buscar beneficios legales por la celebración (permiso de residencia, nacionalidad española).

En los matrimonios de complacencia o de conveniencia, podemos decir que se buscan otros fines distintos de los típicamente matrimoniales (¿fraude de ley?). Habría que partir a nuestro juicio del principio de presunción general de buena fe de los contrayentes, y del reconocimiento constitucional del “*ius connubii*”. A ello hay que añadir las grandes dificultades probatorias para acreditar la existencia de simulación, y el consiguiente grave riesgo de cierto “clasismo” o incluso racismo o xenofobia.

Debemos manifestar que existe una posible vulneración de normas y principios constitucionales por parte de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, reguladora del modo de actuación de los Registros Civiles ante posibles casos dudosos de tramitación ante los mismos de matrimonios de conveniencia o simulados. Esa duda sobre la constitucionalidad se plantea justamente en la fase de tramitación del expediente matrimonial, donde una visión muy rígida del consentimiento matrimonial del correspondiente Encargado del Registro puede conllevar el que se cercenen derechos de los contrayentes (en concreto su *ius connubii*). Debe atenderse a datos objetivos, y no a simples sospechas. Parece preferible en todo caso que ese control sobre el consentimiento matrimonial se ejerza *a posteriori*, es decir, a través de acción de nulidad ejercitada por los sujetos legitimados (aquí, fundamentalmente, el Ministerio fiscal).

- Sobre la posibilidad de exigir responsabilidad civil por daños en caso de vulneración de deberes conyugales:

No habiendo pacto o estipulación al efecto, que ya hemos visto que se puede estipular como pacto prematrimonial, Hasta ahora, el Tribunal Supremo ha denegado en varias sentencias la posibilidad de reclamar daños y perjuicios (de orden moral o de otro tipo) por incumplimiento de los deberes conyugales. Sin embargo, algunas sentencias dictadas por diversas Audiencias Provinciales vienen admitiendo esta posibilidad. Se trataría de daños morales derivados del conocimiento de la infidelidad y de la existencia de un hijo que se creía propio del marido, no siéndolo, así como daños generados a ese marido como padre legal por el mantenimiento durante meses o años de un hijo que no era suyo.

Desde la **STS de 13 de noviembre de 2018**, ha quedado ya definitivamente fijada la jurisprudencia: no cabe responsabilidad civil por incumplir el deber de fidelidad, ni siquiera por daños moral derivado del desvelamiento de que uno o varios hijos no son del marido de la madre.

Argumentos expuestos:

-No hay norma dentro del Derecho de familia que establezca sanciones o que disponga la posibilidad de RC del incumplidor.

-Es muy difícil establecer un juicio moral sobre el origen y causante de los daños, teniendo en cuenta que ello tendría repercusiones negativas en la familia.

-No se dejan de sancionar otras conductas, cuando sean de tipo penal o vulneren derechos fundamentales.

-La ocultación de la filiación como dato relevante para condenar por responsabilidad, es una razón análoga, y no se diferencia en lo sustancial del incumplimiento del deber de fidelidad.

-No tiene sentido impugnar la filiación sobre el hijo, como suele hacer el padre formal que reclama indemnización, y a continuación (o a la vez) pedir daños morales por la “pérdida” del hijo.

- Sobre la posibilidad de acuerdos de extinción del matrimonio con eficacia *inter partes*, antes del procedimiento de divorcio:

Nos planteamos también si sería eficaz jurídicamente un acuerdo de extinción del matrimonio *inter partes*, antes incluso de la sentencia de divorcio (o del divorcio notarial consensual), o incluso sin que éste llegue a producirse formalmente. Este asunto no se ha planteado en la jurisprudencia como tal, pero sí se ha hecho respecto de los pactos de separación de hecho (Cuestión conexas con esta es la de si la sentencia de divorcio es constitutiva o declarativa. Sobre ello se vuelve más adelante).

Entendemos que sería un pacto con eficacia jurídica, si no con todos los efectos propios del divorcio, sí que con algunos efectos, tales como el cese del deber de convivencia; incluso podría afectar al deber de alimentos, que cesaría por haberlo acordado las partes afectadas, como una suerte de renuncia de ambos cónyuges a reclamárselos al otro, de forma actual o futura, sin estar condicionada a una resolución judicial de disolución del matrimonio o a una escritura de divorcio notarial. La particularidad sería que no afectaría a terceros, quienes no tienen por qué conocer los entresijos de la pareja. También se podría decir que quizás se podría deshacer ese pacto, de forma conjunta, si se decide no acudir al juez o al Notario y restablecer la convivencia.

Las capitulaciones matrimoniales:

Aun cuando esta es materia correspondiente al Bloque 3, procedo a avanzar y incluiré 1 tema dentro del más amplio de los pactos en materia matrimonial, tal como estamos haciendo aquí.

- Principios básicos de la regulación legal del Régimen Económico Matrimonial (REM) en el C.Civil español son:

a) Principio de libertad de pacto:

Es el ámbito del matrimonio y la familia donde más facilidades existen para autorregular los propios intereses con muy escasa intervención. Esa libertad o autonomía se manifiesta en:

- Libertad para elegir el régimen económico matrimonial (en adelante, REM) que se desee de entre los legalmente existentes, o para elegir cualquier otro posible (en este último caso, hay que detallar con cierta precisión su exacto contenido).

- Libertad para alterar o modalizar cualquiera de los regímenes legales.
 - En defecto de pacto, la ley prevé (art. 1316 CC) un régimen supletorio de primer grado (el de gananciales), y otro de segundo grado, cuando sólo se pacta la exclusión del REM legal (que es el de separación de bienes: art. 1435.2º CC).
 - Esa amplia autonomía se refleja en que son perfectamente posibles las transacciones y la renuncia de derechos (lo cual es en principio menos viable en las relaciones personales entre los miembros de la familia).
 - Límites de esa autonomía: Se recogen en el art. 1328 CC, que es el regulador de las Capitulaciones matrimoniales:
 - Leyes (se entiende, leyes imperativas, no dispositivas)
 - Buenas costumbres
 - Igualdad de los cónyuges (lo cual no excluye la posibilidad de cesión de facultades, pero siempre de forma *temporal*, no definitiva, y *con libre revocación de poderes*).
 - Además, los cónyuges pueden celebrar contratos entre sí durante la vigencia del matrimonio (art. 1323 CC). Esto plantea algún problema en cuanto a sus consecuencias: en concreto, la cuestión de la posibilidad de ejercitar acciones judiciales entre sí, durante la vigencia normal del matrimonio, y la forma del cómputo del plazo prescriptivo entre cónyuges. Remitimos al apartado específico correspondiente del Bloque 3.
 - Exigencia de forma en estos pactos: escritura pública notarial de Capitulaciones matrimoniales (art. 1327 CC).
¿Significa esto que no puedan ser válidos pactos con eficacia interna, sin observar esta forma?
- Es una cuestión discutible, que depende en buena medida de la “ratio” del art. 1327 CC y la exigencia de forma solemne, aunque la mayoría de la doctrina se inclina por el carácter de forma ad solemnitatem de esta exigencia de forma, haciendo nulo e ineficaz lo pactado sin cumplir estas exigencia del forma.

En todo caso, esta exigencia de forma sólo alcanzará a los pactos sobre régimen económico en sentido estricto, pero no a otras estipulaciones que se pueden contener en ese formato, que podrían ser modificadas sin necesidad de acudir ante Notario.

Ahora bien, ello lleva precisamente a poner en duda la ineficacia de lo pactado antes o fuera de las capitulaciones, aun tratándose de cuestiones patrimoniales, ya que seguramente no parece lógico dar validez a unos pactos o estipulaciones. y no hacerlo respecto de otros, al menos en cuanto a su vinculación *inter partes*.

b) Principio de mutabilidad del REM:

- La ley autoriza la posibilidad de dar por concluido el elegido al inicio del matrimonio, en cualquier momento, sin limitaciones.

- Por supuesto, esa modificación exige un pacto o acuerdo (unánime) de los dos cónyuges. Para ello, ha de acudirse al Notario para otorgar Capitulaciones (incluso aunque en origen no hubiera Capitulaciones, sino aplicación de régimen supletorio).

- La ley no prevé ninguna posibilidad de dar por extinguido unilateralmente o por desistimiento el REM elegido, lo cual puede ser problemático (quizás podía haberse previsto la posibilidad de desistir de un régimen comunitario para pasar a uno de separación de bienes). Tan sólo está prevista la extinción del REM de gananciales en situaciones de crisis matrimoniales (divorcio, separación judicial; ni siquiera está prevista la extinción automática en caso de separación de hecho), o de fallecimiento, o en los supuestos excepcionales del art. 1393 CC (disolución por solicitud ante la autoridad judicial).

- El art. 1317 CC regula la posibilidad de modificación, y dispone sus efectos: la inoponibilidad frente a terceros.

- Este artículo ha sido objeto de aplicación jurisprudencial en el sentido de afirmar que no estamos tanto ante un supuesto de nulidad de la modificación del REM, ni tampoco es un caso de fraude de acreedores (que exija el cumplimiento de los presupuestos del art. 1291 ss. CC), cuanto ante una simple **inoponibilidad**. Eso significa que el contenido de lo pactado no afecta a terceros, y sigue subsistente frente a éstos el REM anterior, incluso aunque haya sido ya disuelto y liquidado, pero sí afectará y vinculará a los otorgantes en los términos pactados. El tercero no tiene que probar nada.

- En todo caso, podría anularse el pacto, si se probase la simulación, o rescindir, si se probase el fraude de acreedores.

- Para que se dé esa inoponibilidad es preciso que se trate de derechos ya adquiridos por terceros, antes de la modificación del REM.

- Para hacer eficaz frente a éstos el cambio de REM se precisa no sólo la escritura notarial de Capitulaciones, sino la inscripción en el Registro Civil o de la Propiedad.

- Contenidos posibles de las Capitulaciones:

a) Estipulaciones sobre REM. (A veces no es fácil deslindar lo que corresponde con este tema).

b) Otras estipulaciones sobre matrimonio o convivencia matrimonial: Aquí cabe incluir muchas cosas:

- Pactos prematrimoniales en previsión de ruptura de la convivencia o del matrimonio.

- Donaciones entre los cónyuges y de terceros a los cónyuges.

- Pactos sobre cuestiones sucesorias (por ej. designación de cónyuge con capacidad de mejorar –art.826 CC- o donaciones para el caso de muerte –art.1341 CC-).

- Pactos sobre organización de la convivencia y educación de los hijos.
- Reconocimiento de hijos no matrimoniales (art. 120.2º CC).

Como ya se dijo, a estos últimos pactos o estipulaciones no se les aplica la exigencia de forma solemne prevista en la ley, salvo en cuanto al reconocimiento de hijos no matrimoniales (o donaciones de inmuebles: art. 633 CC).

- Límites: Art. 1328 CC: No ser contrarios a las leyes y las buenas costumbres y no ser limitativas de la igualdad de derechos entre cónyuges.

Este último límite (pactos limitativos de la igualdad de derechos de los cónyuges) es muy dudoso en su aplicación práctica, en la medida en que se haya producido un consentimiento (libre) de ambos cónyuges a la hora de “desigualar” en algún aspecto (de orden económico o jurídico). De hecho, no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo ni de Audiencias Provinciales aplicando este límite concreto.

Ese límite no excluye, a nuestro juicio, la licitud de los pactos de delegación de funciones en exclusiva a uno de los cónyuges, como un efecto de un reparto de tareas pactado. Quizás habría que pensar en estos casos en una suerte de criterio de reciprocidad o de mutuas concesiones para darles validez, pero nada impide que se puedan atribuir a uno solo de los cónyuges, sin contraprestación o correlativa concesión a favor del otro, incluso aunque se hubiera pactado el apoderamiento con el carácter de irrevocable.

- Pactos en casos de separación y divorcio y Convenios reguladores:

1.- Pactos en la separación de hecho:

- Aquí son de aplicación los criterios y límites generales.

- Validez de los relativos a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges en el período de separación, sin necesidad de control judicial ni previo ni posterior.
- Es probable la aplicación (analógica, si se quiere) de los efectos del art. 102 CC, si hubo pacto de separación, salvo estipulación específica en contrario.
- Respecto de hijos menores, están sujetos en cuanto a su validez al control judicial (previo o sobre todo posterior), a través de su sometimiento al juez por parte de terceros o de los propios hijos (art. 158 CC).
- El legislador ha pretendido la unificación de los efectos de estas tres situaciones de crisis matrimonial, aunque en realidad sus efectos no son del todo comunes, en particular cuando se trata de nulidad (arts. 95.II y 98 CC).
- Además hay que recordar que no pueden ser iguales los efectos de la separación legal (mantenimiento del vínculo / afectación de varios de los deberes conyugales) y los del divorcio (disolución del vínculo / desaparición de los deberes conyugales, en particular, el deber de alimentos entre cónyuges). Aunque sobre esto existe alguna discusión doctrinal, ya que hay autores que defienden, como vimos, que, incluso en caso de separación, desaparece el deber de sostenimiento de un cónyuge respecto del otro.
- Estas reglas comunes no son aplicables a la disolución por muerte o declaración de fallecimiento.

No obstante, quizás habría que plantearse extender algunas de ellas a estos supuestos, en especial, el posible derecho a una pensión compensatoria más allá de la muerte del cónyuge obligado, lo cual está previsto en el artículo 101.II CC, para los supuestos de separación o divorcio, pero no para los casos de muerte. Téngase en cuenta que podría existir, antes del fallecimiento, una separación de hecho previa, y no habría tampoco derecho hereditario de ningún tipo que pudiera cubrir posibles desequilibrios, ni legítima ni derecho de suceder intestadamente (vid. arts. 834 y 945 CC). Por tal motivo,

debería haber *de lege ferenda* una equiparación entre las reglas sobre pensión compensatoria en el divorcio y en la disolución por muerte o declaración de fallecimiento, para evitar esas posibles disfunciones.

- En principio, estas reglas tampoco son aplicables a las rupturas de las parejas de hecho.

Sin embargo, en la práctica jurisprudencial se tiende a una cierta equiparación. No se puede negar que la ruptura de la pareja no casada acarrea normalmente unas consecuencias muy parecidas a las de las parejas casadas, en muchos aspectos, ya que se plantean los mismos problemas, y deben ser solucionados de alguna forma: pensar en asignación de la guarda y custodia de los hijos, atribución del uso de la vivienda familiar, posibilidad de compensación por desequilibrio o similar, etc.).

- La Ley da prioridad al acuerdo de las partes, por encima de las medidas acordadas judicialmente.

Cuando hablamos de acuerdos no nos referimos sólo al Convenio regulador: puede haber pactos puntuales, previos a la situación de crisis, que pueden ser perfectamente vinculantes, o acuerdos al hilo de un procedimiento judicial. Incluso sería posible dar validez a un acuerdo que se somete a aprobación como Convenio regulador, pero sea rechazado por el Juez por ser alguna de sus cláusulas puntualmente perjudicial para los hijos menores (y no se presente una nueva propuesta de Convenio), o no resulta ratificado ante el Juzgado por alguna de las dos partes (incluso por ambas): en este último caso, no se puede decir propiamente que haya habido una revocación del acuerdo, por lo que seguiría siendo eficaz inter partes).

-Estos acuerdos tienen unos límites pensados básicamente en defensa de los hijos menores: la autoridad judicial tiene muy escasas posibilidades de supervisión y control de todos aquellos acuerdos que afecten a los propios cónyuges en cuanto sujetos mayores de edad. Sí puede haber algún control respecto de los alimentos de los hijos mayores.

2.- El Convenio regulador:

-El legislador propicia la posibilidad de acuerdos que regulen los efectos definitivos de la ruptura. Esto se traduce en el llamado Convenio regulador (art. 90 CC). Sólo si este no existe o no logra la aprobación judicial, el juez deberá adoptar medidas relativas a la situación de crisis matrimonial.

-Sobre su naturaleza jurídica:

Aunque no siempre sucede así, no se puede negar que con mucha frecuencia tienen *un cierto carácter de acuerdo transaccional*, en cuanto evita el *conflicto de intereses ya existente* entre las partes sobre todas las posibles medidas y efectos de la separación y el divorcio. Todo depende de cómo se entienda el concepto y naturaleza del contrato de transacción (art. 1809 ss. CC); si como un acuerdo destinado a resolver una disputa actual, o bien puede entenderse en forma más amplia, para resolver una situación dudosa jurídicamente aunque no propiamente “disputada” (actualmente).

Esa posible naturaleza transaccional puede tener relevancia (v.gr., en casos de entregas de bienes que pudieran tener carácter de atribución a título gratuito), ya que en ellos, podría haber perfectamente una causa onerosa, a la vista de las circunstancias del caso, y hacer válido una suerte de “promesa de donación” que, en principio, sería inválida conforme a las reglas de las donaciones.

-Sobre la necesidad de aprobación u homologación judicial el Convenio regulador: es un dato muy relevante, ya que determina la transformación del acuerdo privado en que consiste el mismo en un título ejecutivo judicial, susceptible de ejecución directa conforme a los arts. 571 ss. de LEC, sin necesidad de una fase judicial declarativa.

No obstante, no se puede negar la eficacia *inter partes* de lo acordado, antes o incluso después del rechazo judicial, al menos en lo que concierne a los propios cónyuges, salvo que se acredite un vicio del consentimiento (STS 7 noviembre de 2018).

- Contenido:

-Puede coincidir o no con el acuerdo de las medidas provisionales (pueden ir en el mismo documento ambas propuestas).

-Se trata de una propuesta que debe ser aprobada o rechazada por el juez.

-Los motivos de rechazo son sólo los siguientes: el perjuicio a los hijos o el *grave* perjuicio de alguno de los cónyuges.

Esto último es bastante improbable si han sido consentidos por los dos cónyuges. Hay que tener en cuenta que, siendo judicial o ante el Secretario judicial, debe haber una ratificación posterior individualizada y por separado, según el art. 777 LEC. Sucedería seguramente lo mismo que vimos sucedía en casos de capitulaciones matrimoniales en los que lo pactado pudiera perjudicar a uno de los cónyuges.

El resto de asuntos no puede ser rechazado por el juez ni ser objetado por el Ministerio fiscal (por lo que se entiende que son materias disponibles).

- Sobre estipulaciones contenidas en Convenio regulador que pudieran ser declaradas nulas, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2008**, trata el supuesto de la promesa de donación del 50 % de la propiedad de un inmueble a favor de los hijos, hecha por uno de los cónyuges:

Esta sentencia afirma que las promesas de donación son donaciones incompletas, por faltar la aceptación del donatario, y por tanto no son válidas, al carecer además de los requisitos exigidos por la ley (art. 633 CC) tratándose de inmuebles, de exigencia de escritura pública notarial. Reproducimos los Fundamentos de derecho de la sentencia citada:

“El único motivo del recurso se ampara en el artículo 1692, 4 [LECiv \(LEG 1881, 1\)](#) y denuncia la infracción de los artículos 618, 623, 633 y 629 [CC \(LEG 1889, 27\)](#). Los argumentos que utiliza son los siguientes: En el convenio no han intervenido los hijos del matrimonio por razones obvias. Se trata, por tanto, de una mera manifestación de voluntad del Sr. Carlos Alberto que en ningún momento fue seguida por el otorgamiento de la escritura pública. No se ha perfeccionado la donación, porque el donante no conoció en ningún momento la aceptación, que era necesaria, así como el otorgamiento de la escritura pública, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 623 y 633 CC. Por ello no puede decirse que se haya cumplido el requisito de la forma, ni se aceptara la donación en escritura pública, requisito que es exigido por el CC "ad solemnitatem", por lo que nunca llegó a perfeccionarse dicho negocio. Considera que el convenio regulador no tenía carácter bilateral, puesto que la cesión de la mitad ganancial del piso que le pertenecía no tuvo ninguna contrapartida y no tenía en el momento en que se efectuó otra causa que la simple liberalidad de D. Carlos Alberto a cuyo favor nada se acordaba en el convenio. Añadía que aunque el convenio es un documento público, no es una escritura.

Este motivo debe estimarse.

En el convenio regulador cuyo pacto cuarto se ha transcrito en el anterior Fundamento, se contiene una promesa de donación de la mitad ganancial del piso, correspondiente al recurrente, a favor de los hijos del matrimonio. Ello se demuestra por lo siguiente: a) falta la aceptación de los donatarios, que no puede existir en el propio convenio al no poder intervenir, dada la naturaleza del mismo, ni tampoco se produjo en un momento posterior con las formalidades exigidas en el artículo 633.2 CC, y b) Falta asimismo la escritura pública exigida en el artículo 633.1 CC para la validez de la donación (SSTS_10 noviembre 1994 [RJ 1994, 8465] , 5 noviembre 1996 [RJ 1996, 7904] , 31 julio 1999 [RJ 1999, 6221] , 21 marzo 2003 [RJ 2003, 1866] , 16 julio 2004 [RJ 2004, 4379] , entre muchas otras). Ello lleva a la conclusión de que el acto de liberalidad realizado por el recurrente deba ser calificado como promesa de donación e implica que debamos examinar si esta promesa produce efectos y, por ello, vincula al promitente, obligándole a otorgar la correspondiente escritura de donación.

....

Esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación. Ya la sentencia de 6 junio 1908 dijo que "constituyendo un acto de liberalidad no basta la simple promesa, aunque aquella fuese aceptada, porque siendo la misma voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos es indispensable para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada por parte del donatario y en la forma y términos que establece el art. 632 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) ", por lo que la de 27 junio 1914 concluía que si no hay aceptación, no hay donación. Esta doctrina ha venido siendo ratificada por sentencias posteriores entre las que cabe citar las de 25 abril 1924, 22 enero 1930 (RJ 1930, 599) , 21 noviembre 1935 (RJ 1935, 2078) , que requiere la aceptación por escrito, 21 junio 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, así como las de 22 junio 1982 (RJ 1982, 3437) , 23 diciembre 1995 (RJ 1995, 9396) , 6 febrero 1996 y 19 junio 1999 (RJ 1999, 4613) . La de 25 noviembre 2004 (RJ 2004, 7251) afirma

que "ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles". En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa de donación como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de aquella en la que concurren todos los requisitos legales. Es un concepto inoperante sin trascendencia jurídica, porque la promesa de donación unilateral no es válida al carecer de los requisitos exigidos por el Código Civil para la validez de la misma donación.

Sobre esta base, debe estimarse el motivo presentado por el recurrente, quien considera que al ser nulo el pacto de donar a los hijos la mitad indivisa correspondiente al esposo del bien ganancial consistente en el piso, debe procederse a practicar la división del mismo. Y ello con independencia de que quizá hubiera sido técnicamente más adecuada la petición directa de la ineficacia parcial de dicho convenio en lo que se refiere a dicho pacto, para pasar a pedir la división del citado inmueble, lo que, a pesar de su mejor corrección técnica, no impide la estimación del recurso.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial ha sido modificada y matizada por otras sentencias posteriores, en concreto por la **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014**, que con mejor criterio a nuestro juicio, considera válidas las estipulaciones de este tipo contenidas en Convenio regulador, en la medida en que el Convenio tiene una naturaleza muchas veces transaccional y onerosa, por lo que la atribución teóricamente gratuita, no lo es en realidad, al enmarcarse dentro de una serie de prestaciones y contraprestaciones por ambas partes, lo que excluiría la gratuidad y por tanto la exigencia de forma del art. 633 CC. Además, la aceptación del destinatario se puede entender tácitamente prestada con la aceptación del convenio regulador por parte del otro cónyuge. Reproducimos la sentencia referida:

"Se discute en el recurso si la sentencia dictada por la Audiencia Provincial es o no contraria a la jurisprudencia de esta Sala sobre la promesa de donación de un inmueble contenida en un convenio regulador de separación matrimonial ("compromiso de donación a favor del hijo habido del vínculo matrimonial", se dice en el convenio, "de la vivienda que sirviera de domicilio conyugal a favor del hijo habido del vínculo matrimonial"). Si es válida y produce efectos obligando al promitente a otorgar la correspondiente escritura de donación o si, por el contrario, carece de efectos jurídicos y es nula por lo que no resultaría obligado a dicho cumplimiento.

El recurso se articula en un solo motivo en el que, tras citar como infringido el artículo 633 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de 24 y 25 de enero de 2008, las cuales establecen la siguiente doctrina: ..."Respecto de la promesa de donación (no donación meramente obligatoria

como afirma el recurrente) debe recordarse aquí que desde la sentencia de 6 junio 1908, esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación (asimismo SSTs de 27 junio 1914 , 25 abril 1924 , 22 enero 1930 , 21 noviembre 1935 , que requiere la aceptación por escrito, 21 junio 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, 22 junio 1982, 23 diciembre 1995, 6 febrero 1996 y 19 junio 1999). La de 25 noviembre 2004 afirma que "ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles". En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de la donación en la que concurren todos los requisitos legales."

El Ministerio Fiscal ha interesado su desestimación al estar conforme con la doctrina expresada en las sentencias del Juzgado y de la Audiencia.

...

Argumenta la recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida al otorgar validez a la promesa de donación contenida en el convenio regulador.

No es así, por lo que el recurso se desestima.

En primer lugar, la sentencia de 24 de enero de 2008, se refiere a la invalidez del pacto de donación de la mitad ganancial de un piso, correspondiente al recurrente, contenido en un convenio regulador a favor de los hijos del matrimonio y se origina esta por la falta de aceptación de los donatarios, que no habían intervenido en el convenio matrimonial, ni la aceptación se produjo en un momento posterior con las formalidades del artículo 633.2 del Código Civil, faltando el requisito de la escritura pública, lo que lleva a la Sala a afirmar que estamos ante una promesa unilateral de donación que "no es válida al carecer de los requisitos exigidos por el Código Civil para la validez de la misma donación". No se dice en la sentencia si los donatarios eran allí menores o mayores de edad en el momento de la firma y posterior homologación judicial del convenio.

En segundo lugar, la sentencia de 25 de enero de 2008, trae causa de un convenio regulador en el que se contiene un pacto de donar a los hijos unos pisos cuando "estos cumplan 25 años de edad". No se trata, dice la sentencia, de una donación de presente sino sometida a plazo. "Se trata, por tanto, de una promesa de donación. En este caso podría admitirse que está otorgada en forma pública, pero al no concurrir

aceptación de los hijos, porque no podían intervenir al tratarse de un convenio regulador, no hay más que una promesa de donación", a la que se aplica la doctrina citada.

En el presente caso ocurre lo siguiente:

(i) El pacto que se cuestiona contenía un compromiso de donación de la nuda propiedad de un inmueble perfectamente individualizado como domicilio conyugal, a favor del hijo menor habido de la relación de matrimonio, con reserva del donante del usufructo vitalicio, estando el hijo debidamente representado en dicho acto por sus padres, a los efectos de la aceptación que se realiza a su favor.

(ii) Este pacto fue suscrito por las partes en el marco de un convenio regulador, que fue aprobado judicialmente al dictarse la correspondiente sentencia de separación, que es firme, y confirmado por la sentencia de divorcio, que también es firme.

(iii) Se trata de una promesa bilateral y no unilateral, que no tiene un contenido de liberalidad, sino que se inserta en un negocio jurídico de mayor contenido obligacional recíproco, como es el convenio matrimonial suscrito de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, que fue aprobado por una sentencia firme, en el que se engloban una serie de contraprestaciones complementarias determinantes de un negocio jurídico complejo, de carácter familiar y oneroso, y no de una simple donación a favor del hijo, que debe gozar de la fuerza vinculante del mismo, en tanto no se impugne.

(iv) La declaración del donante y del donatario, tratándose de inmuebles, cumplimenta lo dispuesto en el artículo 633 del Código Civil, respecto de la exigencia de escritura pública, mediante su inclusión en el citado convenio, que tiene valor de documento público, sin necesidad del otorgamiento ulterior escritura pública para su formalización al tratarse de una medida que afecta a la vivienda familiar tomada en el marco propio de la solución de la crisis familiar objeto del convenio, con acceso al Registro de la Propiedad para su inscripción".

4. Las reformas del Derecho de familia y de la persona: la Ley 8/2021 de 2 de junio, sobre personas con discapacidad. Los nuevos principios y reglas derivados de esta Ley:

El Derecho de familia y de la persona está en constante evolución y se encuentra muy influenciado por los principios constitucionales y la necesidad de tutelar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Veamos a continuación las principales líneas de la reforma legal de 2021:

4.1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar

La capacidad jurídica se viene identificando con la personalidad. Es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones. Se adquiere con el nacimiento, es idéntica para todos los seres humanos que viven en nuestro Estado; no puede sufrir modificaciones ni restricciones durante la vida y sólo se extingue con la muerte.

Tradicionalmente, junto a la capacidad jurídica, se ha distinguido la llamada **capacidad de obrar**, que suele definirse como la aptitud de la persona para ejercitar por sí mismo sus derechos y sus obligaciones. Evidentemente, un recién nacido, aunque sea titular de derechos, no puede ejercitarlos por sí mismo. Le falta capacidad o facultades para hacerlo. Será más adelante, conforme vaya adquiriendo madurez, cuando podrá ir gestionando todos esos derechos por sí mismo. Mientras llega ese momento, la ley le designará para ello los llamados representantes legales, que serán normalmente sus progenitores, o en defecto de éstos, un tutor.

Lo mismo sucedía con las personas que, siendo ya mayores de edad, tenían algún tipo de deficiencia o minusvalía psíquica, física o sensorial, que con frecuencia, eran declarados incapacitados judicialmente, perdiendo total o parcialmente la llamada capacidad de obrar.

Sin embargo, tras la Ley 8/2021 de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad, parece haberse suprimido la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Ahora, **todas las personas con discapacidad**, sea cual sea el motivo de su discapacidad (deficiencias físicas, sensoriales o psíquicas), por influencia de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre del año 2006, ratificado por España, **pasan a ostentar los mismos derechos y las mismas posibilidades de actuación en la sociedad que los sujetos sin discapacidad, y conservan su capacidad de ejercitar sus propios derechos**, a pesar de tener algún tipo de deficiencia.

Ello implica que, **como regla, van a poder actuar por sí solos en muchos ámbitos jurídicos**, y en aquellos en que pudiera resultar problemático, la ley le facilita la obtención de **una medida de apoyo**, a través de la concurrencia de otro sujeto (sea curador, guardador de hecho, etc.), de modo que el concreto acto o negocio jurídico sea celebrado u otorgado con la concurrencia de ambos sujetos (discapacitado y tercero prestador de apoyo). Sólo excepcionalmente, se dispondrá la representación y sustitución del sujeto discapacitado por otro designado a tal fin.

Como consecuencia de lo anterior, ha perdido en buena medida el sentido de la distinción entre capacidad jurídica y de obrar.

A lo sumo, esa distinción se podría entender que permanece únicamente respecto de los menores de edad no discapacitados, quienes, en función de su edad y del tipo de contrato o negocio, podrán actuar por sí solos, o deberán ser sustituidos por sus representantes legales (casi siempre sus padres o, en su defecto, el tutor del menor).

4.2. El tratamiento de la discapacidad:

Como sabemos, son los mayores de edad los que tienen capacidad jurídica para ejercitar plenamente sus derechos, ya

que se entiende que tienen suficiente madurez para realizar adecuadamente cualquier tipo de actividad. Sin embargo, esta afirmación no siempre se corresponde con la realidad. Existen mayores de edad que presentan, desde su nacimiento o de forma sobrevenida, toda una amplia serie de deficiencias físicas, sensoriales o psíquicas, más o menos persistentes, que pueden dificultar sus posibilidades de actuación en el mundo jurídico.

A diferencia de la antigua normativa, la regulación vigente derivada de la Ley 8/2021 de personas con discapacidad (cuya entrada en vigor se ha producido el día 3 de septiembre de 2021) parte de principios radicalmente distintos.

Por lo pronto, **no existe en el Código Civil ni en las leyes especiales una definición de lo que sea "discapacidad"**, ni existe una remisión a normas o declaraciones administrativas de invalidez o dependencia para calificar a un sujeto como discapacitado. Esto constituye en sí una dificultad, aunque seguramente es sólo aparente. Nos explicamos.

La nueva normativa introducida en el Código Civil sobre discapacidad parte **de la igualdad de derechos y facultades de estos sujetos respecto de los no discapacitados**. Ello trae consigo una consecuencia fundamental: **mientras a un sujeto mayor de edad o emancipado no se le haya otorgado una "medida de apoyo", la ley considera que es plenamente capaz para ejercitar por sí solo sus derechos, como cualquier otro ciudadano**.

Eso significa que **los contratos y actos jurídicos que celebre, se considerarán válidos e inatacables, no pudiendo demostrarse *a posteriori* una supuesta falta de capacidad natural del sujeto para dicho acto**, como sí era posible con la normativa anterior. Esto, aunque pudiera suponer una cierta desprotección del sujeto discapacitado, **no es sino la consecuencia necesaria de su equiparación legal, a todos los efectos, con el resto de sujetos sin discapacidad**.

Esta conclusión se extrae del nuevo artículo 1302 CC, que **sólo en muy concretos casos permite impugnar el acto celebrado por el discapacitado por razón de su discapacidad**.

En concreto, la citada norma sólo permite impugnar los actos o contratos suscritos por un discapacitado **cuando**

previamente dispusiera de una medida de apoyo, y sin embargo el discapacitado hubiese prescindido de ella, y hubiera celebrado el contrato. En tales casos podrá ser anulado en el plazo de cuatro años, a contar desde la fecha de celebración del contrato, tanto por el propio discapacitado o sus herederos, como por la persona prestadora de apoyos (el designado voluntariamente, el curador o el defensor judicial), pero en este último caso, sólo si el otro contratante fuera conocedor de la existencia de esas medidas de apoyo o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta.

Conviene ahora explicar qué son **medidas de apoyo**.

La nueva normativa dispone que el discapacitado podrá necesitar para ciertos actos o negocios, en función de su grado de discapacidad, **la asistencia de una persona** (que puede ser tanto **física** como incluso **persona jurídica**) que le asista y complemente, pero **siempre deberá respetar la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado**, en la medida en que pudieran conocerse. Esta última referencia se erige en el centro de la reforma y del tratamiento legal de las personas con discapacidad y que sin duda va a generar más disputas: existe una carga por parte del juez y de los familiares y prestadores de apoyo de atender a esa voluntad, sea la actual, o sea la hipotética, a partir de una reconstrucción de su trayectoria vital.

Sólo en caso de no ser viable una fórmula asistencial poco restrictiva, se le podría nombrar un **curador o prestador de apoyos con funciones representativas**, es decir, sustitutivas de la voluntad de la persona, que tendrá carácter **excepcional**. Pero incluso en este caso la nueva norma obliga a tener en cuenta, en lo posible, la trayectoria vital del sujeto, sus creencias y valores, para tomar la decisión que sea más acorde con lo que hubiera decidido esa persona si hubiera podido actuar por sí sola (art. 249 CC).

La ley (art. 250 CC) considera posibles medidas de apoyo las siguientes: **medidas de apoyo voluntarias, medidas de apoyo informales y medidas de apoyo judiciales**.

Las **medidas de apoyo voluntarias** son prioritarias a las demás, de modo que sólo se podrá recurrir a las demás en defecto de las voluntarias, y son aquellas ordenadas o dispuestas por el propio discapacitado, tanto antes (en previsión de su futura deficiencia) como de forma actual, en tanto le sea posible hacerlo.

Aquí se incluyen a su vez las siguientes: **los poderes y mandatos preventivos** (art. 256 ss. CC), en donde el sujeto otorga un poder a otra persona para el caso de que en el futuro precise su apoyo por una hipotética enfermedad o deficiencia; y la **autocuratela** (art. 271 a 274 CC), donde el propio discapacitado designa a quien en el futuro va a actuar como curador para el caso de necesitarlo. Finalmente, también cabe la posibilidad de previsión de **otras medidas de apoyo** relativas a su persona y bienes en previsión o apreciación de circunstancias que dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 255 CC), pudiendo por tanto tratarse de una situación actual y no futura. En todos esos casos, se habrá de acudir al Notario para otorgar el correspondiente poder o escritura pública, y se procederá a su inscripción en el Registro Civil, para conocimiento de terceros.

A falta de medidas de apoyo voluntarias, pueden entrar en funcionamiento la **guarda de hecho** (art. 263 a 267 CC), que constituye una **medida de naturaleza informal**, en cuanto no exige nombramiento. La guarda de hecho se erige en una figura que va a tener mucha relevancia práctica, en cuanto lo normal es que no se proceda a designar una medida de apoyo existiendo alguien que se venga ocupando materialmente del discapacitado. El guardador de hecho suele ser en la práctica un familiar cercano (los padres, respecto del hijo discapacitado; o el hijo o hijos, respecto de los padres ancianos con problemas mentales o físicos), o un allegado (pareja de hecho, amigo, incluso un grupo de apoyo institucionalizado), que se va a ocupar, sin tener obligación de hacerlo, del discapacitado. No se trata de una figura coyuntural, sino que la ley la considera dotada de **estabilidad**, y deberá colaborar con la autoridad judicial si fuera preciso. No se determinan en la ley sus facultades específicas, aunque deben considerarse las de apoyar al discapacitado en su vida ordinaria, aconsejarle y asistirle en general, en principio sin vinculación contractual, aunque es muy posible que se incluyan también los posibles vínculos contractuales al uso (contrato de servicios de persona que presta ayuda y/o convive con el discapacitado anciano...). Puede ser preciso que sea dotado de facultades especiales, representativas sobre todo, para determinados actos, en cuyo caso deberá solicitarse autorización judicial.

Finalmente, examinamos brevemente las llamadas **medidas de apoyo judiciales**, que son aquellas en que se le solicita a la autoridad judicial su designación, por parte del propio discapacitado, o de otras personas legitimadas para ello. Son subsidiarias de los dos bloques anteriores (las medidas voluntarias y la guarda de hecho como medida informal). Ha desaparecido totalmente la tutela de los discapacitados, quedando relegada sólo a la tutela de los menores (a falta o por imposibilidad de los padres).

Entre las medidas de apoyo judiciales, se incluye básicamente la **curatela** (arts. 268 ss. CC), cuyas funciones serán sobre todo asistenciales y de complemento de la voluntad del sujeto, atendiendo a lo que haya dispuesto en cada caso la autoridad judicial que la designó, debiendo asistir al discapacitado, con respeto siempre a su voluntad y preferencias. La nueva ley configura la curatela en un sentido muy amplio, no sólo de sujeto que complementa el consentimiento del discapacitado.

Es posible que, en casos excepcionales, el juez pueda atribuir al curador **funciones representativas** (art. 249.III, 269 y 287 CC), en cuyo caso podrá sustituir al discapacitado, pero siempre atendiendo a sus hipotéticas preferencias en función de su trayectoria vital. Existen en todo caso una serie de supuestos recogidos en el art. 287 CC en los que, aun disponiendo de funciones representativas, el curador necesitará autorización judicial para realizar el acto o contrato correspondiente (actos de trascendencia personal o familiar, enajenación o gravamen de inmuebles o bienes de especial significado personal o de considerable valor, etc...). Se trata de una serie de supuestos bastante amplia, al incluir aspectos personales, y ejercicio o interposición de demandas, que antes no se incluían respecto del antiguo tutor.

Junto a la curatela, la nueva normativa incluye como otra medida de apoyo de naturaleza judicial al **defensor judicial** (art. 295 a 298 CC), que sólo podrá ser designado por el juez en determinados casos (imposibilidad de actuar por el prestador de apoyos designado, en caso de conflicto de intereses con el discapacitado, o con carácter provisional mientras se tramita la medida de apoyo correspondiente, etc.). El sujeto designado como tal podrá desempeñar funciones representativas o meramente asistenciales, según lo disponga la autoridad judicial en la resolución que se dicte.
