



Roj: **SAP AL 223/2003 - ECLI:ES:APAL:2003:223**

Id Cendoj: **04013370022003100037**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Almería**

Sección: **2**

Fecha: **17/02/2003**

Nº de Recurso: **329/2002**

Nº de Resolución: **44/2003**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ESPINOSA LABELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **SENTENCIA NUM. 44**

=====

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. DON BENITO GALVEZ ACOSTA

MAGISTRADOS

D. JOSE MARIA CONTRERAS APARICIO

D. MANUEL ESPINOSA LABELLA

=====

En la Ciudad de Almería, a diecisiete de febrero de dos mil tres.

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, ha visto y oído en grado de apelación, rollo número 329/02 los autos procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº Dos de Berja de Separación Matrimonial seguidos con el número 300/01 entre partes, de una como demandante apelante Dª. Marcelina dirigida por el Letrado D. Manuel Moreno Otto y, de otra como demandada apelante D. Juan Ramón dirigido por el Letrado D. Rogelio Vargas Rodríguez, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº Dos de Berja en los referidos autos se dictó sentencia con fecha 6 de Abril de 2002 cuyo Fallo dispone: "Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los tribunales Sr. Escudero Ríos, en nombre y representación de Dª Marcelina , contra D. Juan Ramón , y ratificando parcialmente el auto de medidas provisionales dictado en el correspondiente procedimiento, que obra unido por testimonio a la presente causa, debo declarar y declaro: 1º.-La nulidad de la estipulación quinta de la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 16 de junio de 1.999. 2º.-La separación legal del matrimonio por ellos contraído. 3º.-Atribuir la guardia y custodia del hijo del matrimonio, Luis Alberto , a la madre, siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores. 4º.-Establecer como régimen de visitas del hijo con su padre el siguiente: que éste pueda tenerlo consigo cada sábado, desde las 18:00 a las 20:00 horas, debiendo recogerlo y entregarlo en la oficina de Protección Civil de Adra, sita en Travesía Paseo de los Tristes de dicha localidad. 5º.-Atribuir el uso de la vivienda que ha venido siendo el hogar familiar, sito en la CALLE000 Nº NUM000 , NUM001 , de la localidad de Adra, así como de los muebles y enseres que en el mismo se encuentran, al hijo del matrimonio y a la esposa. 6º.-Fijar en 360 euros mensuales la cantidad con la que el padre deberá abonar en concepto de alimentos de su menor hijo, cantidad que deberá



ingresar por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes y en la cuenta corriente de la entidad BBVA N° NUM002 , designada por la esposa a tal efecto; tal pensión se actualizará de forma automática anualmente, conforme a la variación del I.P.C., según la publicación del organismo correspondiente. 7º.-En concepto de pensión compensatoria, D. Juan Ramón abonará a Dª Marcelina la suma de 180 euros mensuales, durante doce meses. Esta cantidad se hará efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes en la mencionada cuenta del BBVA y será actualizada anualmente con arreglo a la variación experimentada por el I.P.C., publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Y todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a costas procesales, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Firme que sea esta resolución, líbrese exhorto al Registro Civil de El Ejido, donde consta inscrito el matrimonio de referencia, a los efectos legales oportunos. ".

TERCERO.- Contra la referida sentencia y por la representación procesal de ambas partes se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde se formó el rollo correspondiente, y seguido el recurso por sus trámites, se señaló día para votación y fallo, que tuvo lugar el 13 de Febrero de 2003 solicitando el Letrado de la demandante apelante en su escrito la revocación de la sentencia impugnada y se dicte otra por la que se declare la obligación de que el esposo habrá de indemnizar a la actora en virtud de la obligación asumida en la condición adicional V de la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 16 de junio de 1.999 en la cantidad de 2.249.991 Ptas., por los meses transcurridos de convivencia conyugal hasta el cese efectivo de la misma y ello en virtud de la validez de la citada condición adicional de escritura de capitulaciones matrimoniales, así como se declara que en concepto de pensión compensatoria el esposo habrá de abonar a la actora la suma de 180 euros mensuales, sin limitación de tiempo y para el caso de no estimarse dicha petición se declare que la limitación temporal habrá de ser de seis años; y el Letrado de la parte a demandada apelante solicitó en su escrito se confirme el fallo recurrido en cuanto a la apelación interpuesta y revoque la resolución en cuanto a la pensión compensatoria, conforme a lo manifestado en dicho escrito con imposición en costas a la apelante demandante, habiendo sido impugnado por la parte actora dicho recurso.

CUARTO.- En la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales. Y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL ESPINOSA LABELLA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Son dos los motivos del recurso de la parte, uno la improcedencia de declarar la nulidad de la estipulación quinta de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el 16 de junio de 1.999 con ocasión del matrimonio entre la súbdita de la Federación Rusa y un español, y otro, la pensión compensatoria otorgada en beneficio de la primera, pero otorgada solo durante un año, motivo por el que se solicita por el recurrente que se establezca por tiempo indefinido.

SEGUNDO.- Comenzando por la primera cuestión debemos reseñar la referida cláusula recogida en la escritura pública de capitulaciones, otorgada dos días antes de contraer matrimonio, que dice "En caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D. Juan Ramón asume la obligación de indemnizar a Dª Marcelina en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de convivencia. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil, a la necesidad de aprobación judicial, y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal."

Nos encontramos ante un exponente manifiesto del uso de la libertad de pactos para regir la vida económica del matrimonio, conforme al art. 1255 del Civil en relación con los arts. 1315 y 1325 del mismo y la doctrina que configura el Derecho de Familia como integrante del Derecho privado, en donde lo público y los intereses de la sociedad deben quedar al margen de su regulación. Sin embargo esa concepción del régimen económico del matrimonio tiene sus límites legales.

La capitulación tiene una doble naturaleza, por un lado desde un punto de vista de vigencia del matrimonio parece otorgar una valoración económica a la convivencia conyugal pues se cuantifica la misma el primer año y luego mensualmente; y por otro lado, desde el punto de vista de crisis matrimonial supone una cláusula penal para salvaguardar los intereses económicos de un cónyuge y a la vez disuadir al otro de cesar en la convivencia, sin necesidad de proceso de separación. Por su parte el cónyuge beneficiado con la estipulación podría optar entre la convivencia o la indemnización, que a medida que transcurra el tiempo sería mayor, de tal modo que la cláusula se convertiría en un aliciente para el beneficiario de la misma y un elemento disuasorio del cese de la convivencia conyugal para el otro, es decir, para el obligado a su abono.



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

Este Tribunal estima también que la referida cláusula es nula por aplicación del art. 1328 del C. Civil, que considera así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. En efecto, de admitirse la validez de la estipulación se estarán autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho a la separación matrimonial, reconocido implícitamente en el art. 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito de ese matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial.

Por otra parte la nulidad de la cláusula alcanza a los casos en que no se instase judicialmente la separación, pues se prevé su operatividad para los casos de simple cese de la convivencia. La razón de ello estaría en la falta de igualdad de los cónyuges que ocasiona aquella y que sería contraria al art. 32.1 de la Constitución que consagra el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Esta igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual.

Por consiguiente, una interpretación armónica de nuestras normas jurídicas que rigen el Derecho de Familia, en particular el matrimonio, nos lleva a hacer una declaración de nulidad de dicha cláusula en cuanto que lesiona los derechos fundamentales de los cónyuges.

Finalmente debemos de destacar que la referencia genérica al régimen de nulidad, separación y divorcio en modo alguno purifica la capitulación matrimonial, debiendo haberse adecuado la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico español como impone al Notario el art. 147 de su Reglamento. Se desestima por tanto este motivo del recurso.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso de fundamenta en las dificultades que va a tener la apelante para encontrar un puesto de trabajo, lo que aconseja que se deba proceder a ampliar el plazo concedido para la vigencia de la pensión compensatoria, pasando de un año a una duración indefinida, solicitud a la que se opone la contraria al impugnar esta parte el fallo y considerar que no procede el abono de la pensión compensatoria por la escasa duración del matrimonio, posibilidades de encontrar trabajo y demás circunstancias concurrentes.

En el caso que nos ocupa la duración del matrimonio ha sido de 27 meses, siendo la esposa de nacionalidad rusa y con un hijo de corta edad. Según la escritura de capitulaciones matrimoniales ella conoce el idioma español por lo que teniendo en cuenta la corta duración del matrimonio, si bien algo más de dos años, así como la existencia de trabajo en el entorno en que vive la esposa separada se considera ponderado otorgar una pensión compensatoria de 180 euros durante un año a fin de que aquella pueda rehacer su vida buscando un trabajo, a cuyos efectos ese plazo de tiempo resulta razonable. Se desestiman por tanto ambos recursos, del apelante y del que impugnaba esta parte del fallo.

CUARTO.- En atención a la naturaleza de los derechos en litigio no se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación.

## FALLAMOS

Que con desestimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada con fecha 6 de Abril de 2002 por el Juzgado de 1ª Instancia nº Dos de Berja en los autos num. 300/01 de Separación Matrimonial sobre de los que deriva la presente alzada, debemos de CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los Illtmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.