

Contigo o sin ti: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo

Aproximación al análisis económico del divorcio en la Ley
15/2005, de 8 de julio

Laura Alascio Carrasco
Ignacio Marín García

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

395

Abstract

Las reglas de Derecho de familia tienen un componente sociológico evidente, pues el legislador las establece según su apreciación de las normas sociales. En materia de divorcio, la Ley 30/1981, de 7 de julio, introdujo el divorcio vincular por primera vez desde la II República. Más recientemente, la Ley 15/2005, de 8 de julio aligeró los requisitos materiales y procedimentales para conseguir una sentencia de divorcio. Sin embargo, el legislador no tuvo en cuenta los efectos de la entrada en vigor de la nueva legislación predichos por el análisis económico del Derecho.

La conocida como “ley del divorcio exprés” facilita la salida de la relación matrimonial, pero ¿cuál es, si lo tiene, su fundamento económico? Este trabajo defiende que la nueva legislación abarata la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, favorece las rupturas eficientes y elimina comportamientos oportunistas en contratos de matrimonio simétricos. No obstante, la voluntad de contraer matrimonio ha perdido su función señalizadora.

Sumario

1. **Introducción**
2. **Análisis clásico del matrimonio tradicional con divorcio causal: el modelo de Becker**
3. **Análisis económico del divorcio acausal**
 - 3.1. **La ruptura eficiente**
 - 3.2. **Problemas de información asimétrica: señalización y comportamiento oportunista**
 - a) **Señalización: equilibrio agrupador y equilibrio separador**
 - b) **Comportamiento oportunista**
4. **Conclusiones**
5. **Bibliografía**
6. **Anexo de legislación: causas de divorcio de la Ley de 2 de marzo de 1932 (art. 3.º) y Ley 30/1981, de 7 de julio (antiguos arts. 82 y 86 CC)**

1. Introducción

Durante el siglo largo de vigencia del Código Civil español, el vínculo matrimonial nunca fue disoluble por la sola voluntad de uno de los cónyuges. El divorcio fue introducido por primera vez en 1932 por una ley republicana y la [Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio](#) (en adelante, Ley 30/1981) lo recuperó, pero ambas requerían la concurrencia de causa.

La Ley de 2 marzo de 1932 de Divorcio¹ - derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939 - exigía la concurrencia de causa (art. 3º) o bien el acuerdo de ambos cónyuges (art. 2º), sin necesidad de separación previa. El tiempo mínimo para instar el divorcio de mutuo acuerdo era de dos años.

La Ley 30/1981 también exigía la concurrencia de causa (antiguos arts. 82 y 86 CC) o el acuerdo de ambos cónyuges (antiguo art. 81 CC), pero condicionaba el divorcio al requisito de separación previa.

No obstante lo anterior, durante la vigencia de la Ley 30/1981 la práctica judicial ha llevado a cabo una interpretación laxa de las causas de separación y divorcio, categorías efectivamente aplicadas en sus resoluciones, pero nunca se han servido de ellas para denegar ni la disolución del vínculo ni su relajamiento.

Con la entrada en vigor de la [Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio](#)² (en adelante, Ley 15/2005), el matrimonio es más fácilmente disoluble, pues desaparece la necesidad de alegar causa y el requisito de separación previa.

Asimismo, la Ley 15/2005 reduce los obstáculos procesales a la disolución del matrimonio, pues la reforma no sólo suprime el requisito de separación previa - el llamado "doble procedimiento"-, sino que además reduce de un año³ a tres meses el plazo mínimo que debe transcurrir desde la celebración del matrimonio para instar su disolución.

Su Disposición Transitoria Única, relativa a procesos pendientes de resolución, que extiende la regulación en materia de causas de separación y divorcio y el nuevo plazo mínimo de tres meses a los procesos en tramitación y a aquéllos en espera de que el juez dicte sentencia.

¹ Repertorio de Legislación Aranzadi núm. 290.

² Para un análisis completo de las modificaciones que introduce la Ley 15/2005 véase FERRER (2006) y VERDA y TALAVERA (2006).

³ Plazo requerido sólo para el caso de divorcio de mutuo acuerdo.

2. Análisis clásico del matrimonio tradicional con divorcio causal: el modelo de Becker

Este trabajo parte del modelo de Gary BECKER, uno de los pioneros en aplicar el análisis económico al Derecho de familia. En su *Tratado sobre la familia* (1993)⁴ estudia la familia como una unidad de producción formada tras el proceso de búsqueda en el mercado matrimonial. BECKER aplica un modelo de maximización de utilidad para explicar el comportamiento de marido y mujer lo largo del matrimonio.

El modelo parte de los siguientes supuestos:

- (1) El mercado del matrimonio está en equilibrio, puesto que una persona invierte en la búsqueda de pareja hasta que sus costes de búsqueda exceden los de permanecer soltero o con la pareja actual (*search theory*).
- (2) La decisión de contraer matrimonio es voluntaria en la mayor parte de los casos, por lo que asumimos que la utilidad de los contrayentes individualmente considerada es mayor que si permanecen solteros.
- (3) Los cónyuges maximizan los bienes familiares (*household commodities*), que denominaremos Z: los más importantes son los hijos, pero también compañía, amor, calidad de vida, prestigio, salud, ocio... Además, existen **economías de escala** innegables derivadas de vivir en pareja (una única vivienda, compartir los gastos, etc.).

Para maximizar Z los cónyuges deben distribuyen su tiempo entre el sector de mercado (trabajo remunerado) y el de “no-mercado” (tareas del hogar y cuidado de niños). Cada cónyuge se especializará en uno de los sectores para explotar su ventaja comparativa, especialización que depende del salario relativo de cada uno. Situados en uno u otro sector, cada cónyuge realizará su “inversión específica”. Tradicionalmente, escribe BECKER, el salario de la mujer es inferior al del hombre - y en la mayor parte de países todavía es así -, por lo que ésta se especializará en las tareas del hogar. POSNER (2003, p. 146) explica que la razón de lo anterior es la discriminación sexual, pero aunque ésta no se diera, hay motivos biológicos por los cuales el coste de la mujer de permanecer en casa cuidando de los niños es menor.

Además, añade COHEN (2002, p. 17), la inversión específica de la mujer es mayor al principio, momento en que se sitúa la decisión de tener hijos y abandonar el mercado de trabajo, mientras que la inversión específica del hombre da frutos en un momento posterior, a medida que desarrolla su carrera profesional. Nos encontramos ante un contrato asimétrico en que una de las partes debe realizar antes la inversión específica⁵. Señalar que la inversión en bienes de mercado es mucho menos específica porque no pierde valor fuera de un matrimonio en concreto.

⁴ La primera edición de la obra es de 1981 y su artículo “A Theory of Marriage” fue publicado ya en 1973.

⁵ Inversión específica es aquella que pierde valor fuera del contexto en que se ha realizado.

De acuerdo con esta visión productivista, el matrimonio es un contrato de duración indefinida y su diseño ha de tener en cuenta la conveniencia de proteger la inversión específica inicial de la mujer y evitar comportamientos oportunistas del hombre. El incumplimiento de las obligaciones que se imponen a los cónyuges durante el matrimonio no implica necesariamente el incumplimiento del compromiso de la inversión en bienes familiares, pero sí faculta al cónyuge agraviado a resolver el contrato matrimonial. Es decir, la infidelidad de un cónyuge no tiene por qué afectar a su inversión en bienes familiares, pero posibilita que el otro inste el divorcio perjudicando así las inversiones ya realizadas. Aunque las causas de divorcio estén desvinculadas de la inversión específica, éstas actúan como una barrera a la salida del matrimonio para proteger a la mujer y a los hijos frente a conductas oportunistas del hombre una vez realizada la inversión específica de la mujer.

El contrato de matrimonio sólo es susceptible de cumplimiento voluntario, ya que la ejecución *in natura* (que sigan casados) resulta imposible. Además del cumplimiento voluntario, los cónyuges pueden optar por exigir su terminación o suspender su ejecución acordando la separación.

Lo anterior significa que la mujer solamente puede obtener los frutos de la inversión específica del hombre por equivalente en la proporción que determinen el régimen primario (*mandatory rules*) y el régimen económico matrimonial que rijan, pactado o defectivo.

Las obligaciones de los cónyuges no son tales, sino que se convierten en meras expectativas de conducta. En consecuencia, se promueve la reducción de la inversión en bienes familiares: ante la incertidumbre en torno al disfrute de los beneficios derivados de la inversión específica del hombre, la mujer no se especializa únicamente en el sector “no-mercado”, esto es, los hijos y la atención del hogar.

Por tanto, la aplicación estricta de la concepción productivista al divorcio causal (*fault divorce*) fomenta la constitución de familias tradicionales. No obstante, no es tarea del Estado mantener un modelo de familia determinado, sino garantizar la libertad del individuo (1.1 CE) y promover el libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE).

BRINIG y CARBONE (1991) concluyen que las asunciones empíricas del modelo de Becker fueron ampliamente superadas por la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, la disminución progresiva de los roles de género y la aparición de nuevas formas de familia (matrimonio homosexual, uniones de hecho, familias monoparentales, familias reconstituidas...). El Derecho de familia y la sociedad no sólo reflejan que el matrimonio ha dejado de ser la única forma de organizar la convivencia entre dos personas, sino que este tipo contractual se concibe de un modo menos rígido.

3. Análisis económico del divorcio acausal

A continuación, analizamos los fundamentos económicos del nuevo contrato de matrimonio diseñado por la Ley 15/2005.

Antes de proseguir, cabe señalar que definimos divorcio como la disolución del vínculo y la posibilidad de volver a contraer matrimonio (*possibility of remarriage*), pues aunque el vínculo se disuelva sus consecuencias se arrastran, especialmente si la pareja ha tenido descendencia.

Asimismo, distinguimos entre:

- (a) “Causa” invocada en la demanda de separación o de divorcio, que será el incumplimiento de alguna obligación conyugal.
- (b) “Efectos” de la separación o del divorcio: uso de la vivienda familiar, pensión compensatoria, guarda y custodia,...

“Causa” y “efectos” afectan en mayor o menor medida en la conducta de los cónyuges, por tanto la modificación de su régimen puede alterar dicha conducta. Hacemos abstracción de cualquier consideración respecto de los efectos y nos centramos en la supresión del divorcio causal.

3.1. La ruptura eficiente

Hay ruptura eficiente del contrato de matrimonio si, en términos de utilidad, es más beneficioso para los cónyuges divorciarse que permanecer casados (DNES, 1998, p. 341). Es suficiente que la ruptura sea eficiente para uno de los cónyuges, siempre que éste tenga la posibilidad de compensar adecuadamente al que no desea el divorcio. Es decir, el cónyuge que prefiere el divorcio debe estar en condiciones de cubrir la pérdida de utilidad sufrida por el otro (CABRILLO, 1999, p. 70). La eficiencia de este resultado se mide según el [criterio Kaldor-Hicks](#), el cual exige la posibilidad de compensación y no la compensación efectiva.

La compensación debe poder cubrir las consecuencias económicas de la ruptura y los costes personales que se derivan de poner fin a la relación. Se trata de situar al cónyuge en una posición tal que le resulte indiferente (o preferible) divorciarse que continuar casado.

El criterio Kaldor-Hicks se diferencia del criterio de Pareto porque éste último exige compensación efectiva, ya que sólo es eficiente en el sentido de Pareto que uno de los individuos mejore su situación si el otro se mantiene al menos igual. Por tanto, una mejora Kaldor-Hicks puede implicar una pérdida de bienestar para algún individuo. Por ejemplo, el paso de la asignación (100, 50) a (130, 25) no será nunca una mejora en el sentido de Pareto, pero sí en el de Kaldor-Hicks.

Los costes del divorcio, tanto económicos como emocionales, eran mayores en la Ley 30/1981 porque exigía causa o un tiempo mínimo de separación (antiguo art. 86 CC), entre uno y cinco años, lo que reducía el número de rupturas eficientes. En cambio, la Ley 15/2005 favorece las rupturas eficientes por dos razones:

a) En caso que el divorcio sea de mutuo acuerdo anticipa el resultado perseguido por las partes. Sin embargo, en caso que el divorcio sea unilateral, las rupturas no son siempre eficientes. La ruptura unilateral eficiente se limita a aquellos supuestos en que se cumpla el mencionado criterio Kaldor-Hicks, esto es, cuando al menos uno de los cónyuges obtenga del divorcio una utilidad mayor que la desutilidad sufrida por el otro. Todo ello en un escenario ideal de información completa. En cuanto a rupturas unilaterales, a nuestro juicio, no cabe formular fundadamente una valoración de la Ley 15/2005 ni positiva ni negativa, ya que la pérdida de bienestar derivada de rupturas unilaterales ineficientes puede ser compensada por la ganancia en bienestar lograda por aquellas rupturas unilaterales eficientes. En cambio, la valoración global de la Ley 15/2005 ha de ser positiva, ya que la mayoría de divorcios son de mutuo acuerdo.

<i>Año</i>	<i>Separaciones de mutuo acuerdo</i>	<i>Divorcios de mutuo acuerdo</i>
2004	80,11%	71%
2003	81,5%	70,87%
2002	79,7%	69%

Fuente: INE

b) La Ley 15/2005 disminuye los **costes de transacción**. Aparte de los costes patrimoniales y los emocionales propios de la ruptura, los cónyuges han de hacer frente a los costes de transacción, aquéllos necesarios para la consecución del divorcio, que incluyen tanto los monetarios -abogados, tiempo en el juzgado, etc.- como los no monetarios -la necesidad de probar la causa o bien dejar que transcurra el tiempo preceptivo de separación, que sólo enturbia más una relación ya de por sí deteriorada-. El teorema de Coase predice que, si los costes de transacción son bajos o inexistentes, la asignación inicial de los derechos de propiedad es irrelevante, ya que la negociación de las partes conduce necesariamente a un resultado eficiente.

Una acotación a lo anterior: el divorcio (causal o acausal) puede producir **externalidades negativas**, en particular sobre los hijos de la pareja. Ahora bien, éstas no han sido tomadas en cuenta en el análisis de la ruptura eficiente ya que también se dan en caso de parejas no casadas: «el matrimonio es sólo uno de los caminos hacia la procreación» [*I will note that marriage is but one a path to procreation; it has substitutes*], COHEN, (2002, p. 12)].

3.2. Problemas de información asimétrica: señalización y comportamiento oportunista

a) Señalización: equilibrio agrupador y equilibrio separador

La señalización se sitúa en un contexto de información asimétrica: ninguna de las partes dispone de información completa respecto de la otra, por lo que ciertos comportamientos se toman como indicativo de sus intenciones. Los agentes transmiten indirectamente información sobre ellos mismos mediante su comportamiento, denominado «señal». La efectividad de la señal depende del coste en que el agente incurre para enviarla. Así, cuanto más alto sea este coste, más valiosa será la información para su receptor (MACHO STADLER y PÉREZ CASTRILLO, 2005).

El ejemplo tradicional es aquél en que el trabajador señala sus aptitudes en el mercado de trabajo mediante la obtención de un título universitario (modelo de Spence, 1973).

En nuestro modelo hay dos tipos de agentes: **(i)** aquéllos que quieren adquirir un alto grado de compromiso y están dispuestos a realizar una elevada producción de bienes familiares, los agentes C_H ; y **(ii)** aquéllos que desean un nivel de compromiso bajo, C_L , los cuales optan por una producción inferior de bienes familiares. Naturalmente, todos los agentes, sean del tipo que sean, prefieren contraer matrimonio con un C_H , los C_H para llevar a cabo su plan de vida y los C_L para aprovecharse.

Nuestra pareja está formada por A y por B. A sabe a qué tipo pertenece, pero desconoce el tipo de B. Definimos p como la probabilidad de que B sea C_H y $q = (1-p)$ de que sea C_L . Las señales que B enviará a A son la voluntad de celebrar un contrato de matrimonio, o bien, la voluntad de no celebrarlo. Una vez emitida la señal, A decidirá si se casa con B o no.

En realidad, existen dos juegos de señalización simultáneos, puesto que B tampoco conoce el tipo de A. En caso contrario el juego no existiría, en tanto que B no elegiría casarse con A si no fuera C_H .

Según el coste de la señal a emitir, este juego puede producir dos tipos de equilibrio:

a) Se producirá un **equilibrio separador** cuando B envíe la señal que efectivamente corresponde a su tipo. Así, el coste de contraer matrimonio debe ser muy elevado para que A y B contraigan matrimonio sólo si son C_H . En otras palabras, este es el equilibrio bajo el cual sólo hay uniones entre personas del mismo tipo.

Por ejemplo, si el matrimonio es indisoluble, sólo elegirán contraerlo aquellas personas interesadas en un alto grado de compromiso. El coste de contraer matrimonio es tan elevado para un C_L que nunca lo propondrá ni aceptará. En este escenario los C_L cohabitarán y los C_H se casarán.

b) En cambio, se producirá un **equilibrio agrupador** cuando la señal no es informativa (*cheap talk*) porque el coste de contraer matrimonio es bajo y ambos tipos envían una señal idéntica. A no distinguirá el tipo de B y, si A es C_H , ambos serán infelices con una probabilidad q . Si

los agentes no son capaces de identificarse mutuamente, las expectativas de los dos miembros de la pareja pueden verse frustradas cuando resulten ser de tipos distintos, esto es, agentes C_H casados con C_L o viceversa.

La reducción de barreras al divorcio con la Ley 15/2005 afecta a la calidad de las señales que los futuros contrayentes se envían. La reforma aumenta la incertidumbre respecto del nivel de compromiso que quiere adquirir cada miembro de la pareja, ya que la posibilidad de divorcio unilateral y acausal difumina la función señalizadora de la voluntad de casarse (ROWTHORN, 2002).

La incertidumbre es aún más acusada si tenemos en cuenta que la pareja puede organizar la convivencia sin recurrir al contrato de matrimonio. Los ordenamientos de casi todas las Comunidades Autónomas, excepto La Rioja y Murcia, reconocen las parejas de hecho y, aunque la regulación es heterogénea, su régimen tiende a aproximarse al del matrimonio sin llegar a asimilarse, lo que empeora aún más la calidad de la señal.

Cataluña	Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja
Aragón	Ley 6/1999, de 26 de marzo
Navarra	Ley Foral 6/2000, de 3 de junio
Castilla-La Mancha	Decreto 124/2000, de 11 de julio
Comunidad Valenciana	Ley 1/2001, de 6 de abril
Baleares	Ley 18/2001, de 19 de diciembre
Madrid	Ley 11/2001, de 19 de diciembre
Asturias	Ley 4/2002, de 23 de mayo
Castilla y León	Decreto 117/2002, de 24 de octubre
Andalucía	Ley 5/2002, de 16 de diciembre
Canarias	Ley 5/2003, de 6 de marzo
Extremadura	Ley 5/2003, de 20 de marzo
País Vasco	Ley 2/2003, de 7 de mayo
Cantabria	Ley 1/2005, de 16 de mayo
Galicia	Disposición Adicional 3ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio
Ceuta	Acuerdo Plenario de 11 de septiembre de 1998

Esta pérdida de significado podría resultar en un aumento de los pactos prematrimoniales, ya que con ellos se reduciría la incertidumbre aumentando el coste de la salida del matrimonio. Además, los contrayentes se verían forzados a pactar con anterioridad las consecuencias de sus decisiones futuras (SMITH, 2003)⁶.

⁶ Véase LAMARCA, FARNÓS, AZAGRA y ARTIGOT (2003) relativo a la evolución de las capitulaciones matrimoniales en Cataluña.

Sin embargo, para evaluar la relevancia de la señal de contraer no sólo hay que atender a la libre salida del matrimonio sino también a los efectos que ésta produce, puesto que los segundos pueden contrarrestar a la primera, como ocurriría si se fijase *ex lege* una compensación exorbitante a favor del cónyuge que se opusiera al divorcio. La barrera estaría en los efectos del divorcio, pero no en sus causas. En cambio, la Ley 15/2005 parece seguir la dirección contraria: reforma la compensación del art. 97 CC de manera que reconoce expresamente la posibilidad que ésta tenga una duración limitada en el tiempo y permite además su satisfacción mediante un único pago⁷ – forma de pago que la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña prevé sólo para la compensación por razón de trabajo (art. 41) pero no para la pensión compensatoria (arts. 84 a 86), pues establece su periodicidad y su duración indeterminada -. Por otro lado, la figura de la custodia compartida (art. 92.5 CC) evita que la guarda de los hijos sea atribuida en exclusiva a uno de los cónyuges si así lo acuerdan ellos o si excepcionalmente así lo estima el juez (art. 92.8 CC).

El Tribunal Supremo había establecido que el antiguo art. 97 CC no configuraba la pensión compensatoria como un derecho necesariamente de duración indefinida [SSTS, 1ª, 10.2.2005 (Ar. 1133; MP: Jesús Corbal Fernández) y 28.4.2005 (Ar. 4209; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)].

En definitiva, la supresión de las causas de separación y divorcio y el reconocimiento de las parejas de hecho como relación análoga al matrimonio disminuyen el valor de la señal, pérdida que la Ley 15/2005 no contrarresta porque debilita la función señalizadora de los efectos del divorcio (temporalidad y pago único de la pensión compensatoria del art. 97 CC y custodia compartida).

Para reforzar el valor de la señal existen también otras posibilidades no contempladas en nuestro ordenamiento jurídico. Algunos estados norteamericanos ([Arkansas](#), Louisiana y Arizona) han introducido el *covenant marriage*, una alianza que representa un compromiso mucho mayor que un contrato de matrimonio ordinario. Así, bajo este compromiso formal los contrayentes se comprometen a seguir casados de por vida y la salida del matrimonio está restringida a casos extremos (maltrato, infidelidad, comisión de un delito), lo que fortalece la señal enviada al otro contrayente. Así, las parejas pueden optar por el matrimonio “sencillo”, o bien por la versión “reforzada” del mismo.

b) Comportamiento oportunista

En un contrato una parte se comporta de modo oportunista cuando su conducta defrauda las expectativas que sobre ella se ha formado legítimamente la otra parte (MURIS, 1981; BRINIG, 1994)⁸. Ello sucede si el cumplimiento efectivo del contrato no es verificable.

⁷ **Art. 97.** El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión **temporal** o por tiempo indefinido, o en una **prestación única** (...).

⁸ “[*Opportunistic behavior*] occurs when a performing party behaves contrary to the other party’s understanding of their contract, but not necessarily contrary to the explicit terms of the agreement, leading to a transfer of wealth from the other party to the performer” (MURIS, 1981, p. 521).

En el mercado de seguros, el asegurado disminuye su nivel de precaución porque no soporta la totalidad de los costes de sufrir un accidente. La aseguradora no puede verificar cuán cauto es su asegurado.

Volvamos a nuestra pareja. A y B han tomado la decisión de casarse; cada uno de ellos espera un comportamiento determinado del otro durante sus años de matrimonio. En nuestro modelo esta expectativa versa sobre el nivel de inversión en bienes familiares. Estos bienes no son excluibles, es decir, ambos cónyuges disfrutan de ellos por igual, con independencia de quien los produce. El comportamiento oportunista puede tomar dos direcciones según el momento en que se obtengan los frutos de la inversión realizada.

Comportamiento oportunista de clase 1:

El comportamiento oportunista de clase 1 ocurre cuando una de las partes se aprovecha de la inversión específica del otro. Esta clase de comportamiento es propia en contratos matrimoniales asimétricos, aquéllos en los que cada cónyuge invierte en bienes específicos diferentes. Uno de ellos se especializa en el sector de mercado - supongamos que es A - y el otro en bienes de "no-mercado"- B -. Recordemos que la inversión en bienes de mercado da sus frutos en un momento posterior de la vida del individuo. En un escenario en que B ya ha invertido y A todavía no ha obtenido los frutos de la inversión, el comportamiento oportunista ocurre cuando A decide divorciarse. Esta conducta implica que A ha disfrutado de los frutos de la inversión de B pero no a la inversa. COHEN (2002, p. 25) califica esta transferencia de riqueza como una cuasi renta, definida como la diferencia entre el valor de los bienes específicos dentro del matrimonio y fuera de él. El valor de los bienes de "no-mercado" fuera de ese matrimonio es cero. Por esta razón, B sufre un coste irrecuperable, ya que renunció a invertir en bienes de mercado y jamás volverá a hallarse en disposición de invertir en el sector de mercado con la misma intensidad que tuvo oportunidad justo después de casarse.

Comportamiento oportunista de clase 2:

El comportamiento oportunista de clase 2 ocurre cuando el nivel de esfuerzo de una de las partes es inferior al que la otra parte esperaba. Aquí el oportunismo se observa desde la perspectiva del esfuerzo realizado en la inversión de bienes familiares, sea el contrato asimétrico o no. En la producción de estos bienes puede realizarse un esfuerzo alto (e_H) o un esfuerzo bajo (e_L). Cada uno de los cónyuges anhela que el otro lleve a cabo un nivel de esfuerzo alto (e_H), pero no es posible estipularlo en el contrato de matrimonio ni es verificable por terceros con posterioridad a su celebración (SMITH, 2003). En consecuencia, *ex ante*, lo único en lo que pueden confiar las partes es en su expectativa de que el otro sea e_H ; y, *ex post*, su esfuerzo será conocido tan solo por su cónyuge. Si el esfuerzo efectivo no se corresponde con el esperado, el cónyuge que ha visto defraudada su expectativa optará por el divorcio.

El objeto del comportamiento oportunista de clase 2 es el esfuerzo necesario para la inversión, mientras que el objeto del de clase 1 es el resultado de la misma, lo que determina necesariamente que aquél surja antes que éste.

La Ley 15/2005 reduce el comportamiento oportunista de clase 2, ya que, detectada la falta de esfuerzo, el cónyuge insatisfecho puede obtener el divorcio enseguida. Por el contrario, la Ley 15/2005 incrementa el oportunismo (comportamiento oportunista de clase 1), puesto que la eliminación de barreras al divorcio facilita la salida del matrimonio del cónyuge oportunista.

4. Conclusiones

I. La supresión de las causas del divorcio reduce la intervención legal en ámbitos de carácter personal, fomentada por la diversificación de los modelos familiares acaecida en los últimos tiempos.

II. La teoría clásica de contratos entiende el divorcio como la consecuencia del incumplimiento del contrato matrimonial: la eliminación de las causas del divorcio abarata los costes del incumplimiento. Por tanto, las obligaciones de los cónyuges quedan sin contenido y, a causa de la incertidumbre que esto provoca, se predice una disminución de la inversión específica en bienes familiares. La función del legislador no es promover la formación de familias tradicionales, sino incentivar la cooperación entre los miembros de la familia, cualquiera que sea su estructura.

III. La Ley 15/2005 no afecta a los efectos del divorcio, con la única salvedad de la pensión del art. 97 CC y la custodia compartida. Sin embargo, la reforma tiene las implicaciones siguientes:

1. Reduce los costes de transacción mediante la eliminación del doble procedimiento y la reducción del tiempo de espera necesario para instar el divorcio.
2. Favorece rupturas eficientes si el divorcio es de mutuo acuerdo, pero también aumenta las rupturas unilaterales ineficientes. El resultado global es incierto, ya que no es posible cuantificar de manera agregada pérdidas y ganancias de eficiencia.
3. Oscurece el valor de la señal de contraer matrimonio, cuya calidad ya estaba en entredicho por el acercamiento con la relación de hecho.
4. Ataja conductas oportunistas derivadas de la realización de diferentes niveles de esfuerzo durante el matrimonio, aunque las aumenta en contratos asimétricos. Ahora bien, la homogeneidad progresiva entre los miembros de la pareja resta importancia a este tipo de riesgo moral.

5. Bibliografía

Gary S. BECKER (1993), *A Treatise on the Family*, Harvard University Press, Cambridge, enlarged edition.

Margaret F. BRINIG (2002), "Money Can't Buy Me Love: A Contrast Between Damages in Family Law and Contract", *The Journal of Corporation Law*, Vol. 27, Issue 4, Summer 2002, pp. 568-601.

-- (2000), *From Contract to Covenant. Beyond the Law and Economics of the Family*, Harvard University Press, Cambridge, MA.

-- (1994), "Marriage and Opportunism", *Journal of Legal Studies*, Vol. 23, June 1994, pp. 869-894.

-- (1994b), "Status, Contract and Covenant. Book Review", *Cornell Law Review*, Vol. 79, pp. 1573-1602.

-- (1993), "The Law and Economics of No-Fault Divorce-A review of 'No-fault Divorce: What Went Wrong?' By Allen M. Parkman", *Family Law Quarterly*, Vol. 26, Num. 4, Winter 1993, pp. 455-470.

Margaret F. BRINIG, June CARBONE (1991), "Rethinking Marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform", *Tulane Law Review*, Vol. 65, Num 5, pp. 953-1010.

Francisco CABRILLO (1999), *The Economics of the Family and Family Policy*, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham.

Lloyd R. COHEN (2002), "Marriage: the Long-term Contract", en Anthony W. DNES, Robert ROWTHORN (Ed.) (2002), *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 10-34.

Anthony W. DNES, Robert ROWTHORN (Ed.) (2002), *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge University Press, Cambridge.

Anthony W. DNES (1998), "The Division of Marital Assets Following Divorce", *Journal of Law and Society*, Vol. 25, Num. 3, September 1998, pp. 336-364.

Josep FERRER RIBA (2006), "Same-sex Marriage, Express Divorce and Related Developments in Spanish Marriage Law", *International Family Law*, September 2006, pp. 139-143.

Albert LAMARCA I MARQUÈS, Esther FARNÓS AMORÓS, Albert AZAGRA MALO y Mireia ARTIGOT I GOLOBARDES (2003), "Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?", *InDret 3/2003* (www.indret.com).

Inés MACHO STADLER, David PÉREZ CASTRILLO (2005), *Introducción a la economía de la información*, Ariel Economía, Barcelona.

Timothy MURIS (1981), "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts", *Minnesota Law Review*, vol. 65, pp. 521-590.

Richard POSNER (2003), *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, Nueva York, 6ª ed.

Elisabeth S. SCOTT y Robert E SCOTT (1999), "A Contract Theory of Marriage", en F. H. BUCKLEY (Editor), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Duke University Press, Durham and London, pp. 201-244.

Ian SMITH (2003), "The Law and Economics of Marriage Contracts", *Journal of Economic Surveys*, Vol. 17, Num 2, pp. 201-225.

José Ramón VERDA Y BEAMONTE y Pedro A. TALAVERA FERNÁNDEZ (2006), *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Aranzadi, Navarra.

6. Anexo de legislación: causas de divorcio de la Ley de 2 de marzo de 1932 y Ley 30/1981, de 7 de julio

Ley de 2 de marzo de 1932

Art. 3.º Son causas de divorcio:

- 1.ª El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue.
- 2.ª La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges.
- 3.ª La tentativa del marido para prostituir a su mujer o el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución.
- 4.ª El desamparo de la familia, sin justificación.
- 5.ª El abandono culpable del cónyuge durante un año.
- 6.ª La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 del Código civil.
- 7.ª El atentado de un cónyuge contra la vida de otro del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos; los malos tratamientos de obra y las injurias graves.
- 8.ª La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida en común.
- 9.ª La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.
- 10.ª La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo.
- 11.ª La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años.
- 12.ª La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años.
- 13.ª La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquélla pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo.

Ley 30/1981, de 7 de julio**Artículo 82.** Son causas de separación:

1ª El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2ª Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3ª La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4ª El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

6ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.

7ª Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3º, 4º y 5º del artículo 86

Artículo 86. Son causas de divorcio:

1ª El cese efectivo de convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5ª La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta-convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.