

1.2. Derecho de Familia

Pactos prematrimoniales en previsión de ruptura. régimen jurídico, contenido y eficacia.

*Premarriage agreements in prediction of breakup.
legal regime, content and efficacy.*

por

ANA ISABEL BERRICAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesora Titular).
Universidad Complutense de Madrid.*

RESUMEN: La potenciación de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de Familia ha propiciado que, empieza a ser habitual en España la adopción de acuerdos antes de contraer matrimonio con el objeto de regular de forma anticipada y preventiva los efectos de una eventual ruptura tanto en la esfera personal como patrimonial de los futuros cónyuges, como, asimismo, los que pueden incidir en la relación con los hijos sujetos a patria potestad, uso de vivienda y deberes conyugales. Todo ello sin perjuicio de poder ser acordado por parejas de hecho o convivientes *more uxorio*. Se trata de los llamados pactos prematrimoniales o pactos prenupciales en previsión de ruptura antes de contraer matrimonio, sin perjuicio de poder convenirse también constante el mismo para regular determinados aspectos económicos relativos al matrimonio. Todo ello, con ciertos límites como que no contradigan las normas imperativas existentes en nuestro ordenamiento ni los principios civiles y constitucionales que definen la institución del matrimonio, la situación de crisis matrimonial y las relaciones paterno-familiares y, el principio de igualdad sin sesgo de género. Sobre tales pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en lo que representa su régimen jurídico y contenido, vamos a centrarse en presente estudio.

ABSTRACT: *The empowerment of the autonomy of the will in the field of Family Law has led to the adoption of agreements before marriage with the aim of regulating in advance and preventively the effects of a possible breakup both in the personal and patrimonial sphere of the future spouses, as well as those that may affect the relationship with children subject to parental authority, use of housing and marital duties. All this without prejudice to being able to be agreed upon by de facto couples or more uxorio cohabitants. These are the so-called prenuptial agreements or prenuptial agreements in anticipation of breaking up before getting married, without prejudice to*

the fact that they can also be agreed to be constant to regulate certain economic aspects related to marriage. All of this, with certain limits such as that they do not contradict the mandatory norms existing in our system or the civil and constitutional principles that define the institution of marriage, the situation of marital crisis and parent-child relationships and, the principle of equality without gender. We are going to focus on such prenuptial agreements in anticipation of a breakdown in what their legal regime and content represent.

PALABRAS CLAVE: Pactos prematrimoniales, pactos en previsión de ruptura, separación o divorcio, convenio regulador, capitulaciones matrimoniales, deberes conyugales, pensión compensatoria, compensación por el trabajo para la casa, uso de la vivienda, y, guarda y custodia, indemnización de daños por incumplimiento.

KEYWORDS: *Prenuptial agreements, agreements in anticipation of breakup, separation or divorce, regulatory agreement, marriage agreements, marital duties, compensatory pension, compensation for work for the house, use of the home, and, guardianship and custody, compensation for damages for non-compliance.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA AUTONOMÍA PERSONAL E IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES Y SUS LÍMITES.—III. CONCEPTO, NATURALEZA Y REGULACIÓN. 1. CONCEPTO Y NATURALEZA. 2. CAPITULACIONES MATRIMONIALES, CONVENIO REGULADOR Y PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA. 3. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA. 1. SUJETOS. CÓNYUGES Y PAREJAS DE HECHO. 2. OBJETO. 3. CAUSA. 4. FORMA Y PUBLICIDAD.—V. CONTENIDO DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA. 1. PACTOS SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. 2. PACTOS RELATIVOS AL DERECHO DE COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO EN CASA. 3. OTROS POSIBLES ACUERDOS PATRIMONIALES: SOCIEDAD DE GANANCIALES Y LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL. 4. PACTOS RELATIVOS A LA VIVIENDA FAMILIAR. 5. PACTOS SOBRE ALIMENTOS. 6. PACTOS RELATIVOS A LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS, Y GUARDA Y CUSTODIA DE ANIMALES DE COMPAÑÍA. 7. PACTOS QUE AFECTAN A DERECHOS FUNDAMENTALES O PUEDEN VULNERAR NORMAS IMPERATIVAS.—VI. EFICACIA, INEFICACIA Y CONTROL JUDICIAL DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Dentro del derecho de familia el instituto matrimonial es el que se ha adaptado a esta nueva realidad social. Así se ha pasado de un matrimonio-institución a un matrimonio-contrato. De una regulación imperativa a una regulación con más amplios márgenes de autorregulación¹. Se ha producido lo que PAZ-ARES denomina privatización del matrimonio que permite a los cónyuges modificar los esquemas legales adaptándolas a sus necesidades; de forma que, los cónyuges en el uso de su autonomía de voluntad pueden configurar el marco normativo de sus relaciones jurídico matrimoniales, fundamentalmente en el orden económico². En este contexto, el marco normativo español ha ampliado sucesivamente el campo

de la autonomía privada en el marco del derecho de familia mediante la aprobación de sucesivas reformas del Código Civil. En este sentido, cabe referirse a la Ley 14/1975, de 2 de mayo que, vino a eliminar las limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer casada; en la Ley 11/1981, de 13 de mayo que, consagró el principio de libertad de los cónyuges para celebrar entre sí toda clase de actos y negocios jurídicos; a la Ley 30/1981, de 7 de julio que, introdujo el convenio regulador, permitiendo a los cónyuges determinar de mutuo acuerdo los efectos de su ruptura; a la Ley 15/2005, de 8 de julio que, ha ampliado el ámbito de autonomía de los consortes en orden a poner fin a su convivencia, reconociendo la facultad de solicitar la disolución del matrimonio sin más requisitos que, el trascurso de tres meses desde su celebración y, asimismo, reconociendo más trascendencia a la autonomía de la persona en la determinación de los efectos de la ruptura³. Se ha abandonado el régimen causalista del divorcio, dando lugar a un sistema consensual que facilita que los cónyuges no sigan casados *ad nutum*, por voluntad de uno solo o de ambos. Se constata, por tanto, una mayor libertad individual en materia de separación y divorcio, además de desaparecer el divorcio causal —en sus modalidades de divorcio-remedio y divorcio-sanción—hacia el divorcio consensual que, reconoce la primacía de la voluntad de cada uno de los cónyuges para no continuar casado (divorcio no causal); y, en fin, la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria que instaura el divorcio ante notario. Todo ello contribuye a allanar el camino para la consolidación y eficacia en España de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura.

Por otra parte, esta autonomía de la voluntad en todos el ámbito del Derecho de Familia se ha consolidado en los denominados negocios jurídicos de Derecho de familia y canalizado a través de diversos instrumentos: las capitulaciones matrimoniales para estipular, modificar o sustituir los otorgantes el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio (artículo 1325 del Código Civil); el convenio regulador homologado judicialmente, mediante el que los cónyuges determinan, una vez, sobrevenida la crisis los efectos de la ruptura (artículo 90 del Código Civil)⁴; y, los pactos privados de separación de hecho, a los que una consolidada jurisprudencia atribuye la eficacia vinculante propia de los contratos⁵. A estos instrumentos hay que añadir los llamados acuerdos o pactos en previsión de ruptura celebrados por la pareja antes de contraer matrimonio con la finalidad de concretar las consecuencias de una futura o eventual ruptura. Estos pactos carecen de tradición en el derecho español, si bien se han ido introduciendo en nuestro ordenamiento por vía convencional⁶. Ello se traduce en una ausencia de régimen jurídico específico que, viene a ser suplido por una doctrina que, no sólo afirma su validez y eficacia, sino también se ha destacado la oportunidad que supone para los cónyuges el poder establecer por vía convencional y de forma anticipada los efectos de la ruptura, sin que haya faltado alguna resolución de nuestro Alto Tribunal en este sentido⁷. En todo caso, la separación o divorcio ha dejado de ser algo infrecuente y, además, proliferan nuevas formas de familia, las que se denomina familias reconstituidas que, optan para salvaguardar sus intereses y sobre la base de una experiencia previa a adoptar no sólo en capitulaciones matrimoniales *ad hoc*, adaptando el régimen económico matrimonial a las nuevas circunstancias, sino también y ahora por su novedad los pactos en previsión de ruptura. Pactos en que se prevén las conse-

cuencias de una hipotética y futura crisis familiar, excluyéndose aquellos en los que ya ha tenido lugar la crisis familiar, o los esposos son conscientes y conocen que se va a producir de manera inmediata⁸. Ciertamente, suscitan especial interés entre aquellos que ya han experimentado el fracaso de una relación matrimonial anterior y las cargas que se derivan de ella: pensión de alimentos a los hijos, pensión compensatoria al ex cónyuges, atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio que, puede no ser el titular de la misma etc. En todo caso, estos pactos en previsión de ruptura posibilitan la adopción de acuerdos sobre las consecuencias que se van a derivar de la ruptura en un momento de estabilidad emocional y de confianza mutua; lo que contrasta con la elaboración del convenio regulador donde el fracaso y desgaste personal y económico derivado de la crisis matrimonial hace más difícil la toma de decisiones⁹.

La mayoría de los futuros cónyuges que suscriben estos pactos provienen de matrimonios anteriores fracasados y tiene hijos menores a su cargo, lo que justifica que, movidos por una cierta prudencia y por una visión realista de sus recursos, quieran prever anticipadamente las consecuencias negativas que para su económica podría tener una eventual ruptura con la nueva pareja; o lo que se conoce como “familia reconstituidas” donde existen hijos que no son comunes¹⁰. Junto a este tipo de pactos en previsión de ruptura están también los pactos prematrimoniales reguladores de cuestiones constante matrimonio tanto de índole matrimonial (relativas al régimen económico matrimonial) como de índole personal (relativo al régimen convivencial). Son pactos, por tanto, que han de surtir efectos durante la normalidad matrimonial. En este sentido, PAZ-ARES señala que, cada vez resultan más frecuentes este tipo de pactos, en cuanto posibilitan en el futuro contrayente una reflexión más o menos intensa sobre aspectos de la futura vida matrimonial en común, particularmente económicos, e, incluso, de forma más tímida sobre las consecuencias de los posibles avatares matrimoniales¹¹. Y desde una perspectiva del análisis económico del Derecho, precisa AGUILAR RUIZ que “la fijación *ex ante* de las consecuencias económicas de un eventual divorcio de la pareja protegerá durante la vida del “negocio” (negocio jurídico, en este caso), las inversiones o aportaciones económicas realizadas por los cónyuges durante la convivencia marital, sean remuneradas o no, lo que redundará después en unos menores costes de litigación en el momento de la disolución del matrimonio por divorcio”. Y añade esta autora, de forma acertada que “los pactos prematrimoniales son, un ejemplo, de la eterna tensión entre la autonomía de la voluntad de los cónyuges y el papel regulador, de fijación de límites por parte del Estado, sobre el concepto de matrimonio vigente en nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, de la familia”¹².

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997¹³, citada por la de 31 de marzo de 2011¹⁴ pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: “en primer lugar, el convenio en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mismo que prevé el artículo 90 del Código Civil”¹⁵.

Por otra parte, como señala la doctrina más autorizada y la jurisprudencia en el examen de los pactos no puede perderse de vista el respeto a la propia libertad contractual, debiendo únicamente proscribirse aquellos que de forma más clara ataquen la igualdad de los cónyuges, pero no aquellos que solo muestren el ejercicio de aquella, sobre todo en materias de libre disposición, fundamentalmente, de naturaleza patrimonial, pues, se razona que si determinados pactos se permiten entre extraños, más aún debe permitirse entre casados, donde las relaciones de confianza suelen avalar la gestión ajena de negocios o la alteración de las reglas que el matrimonio considera inútiles e inapropiadas para sus relaciones. En general, puede entenderse que vulneran la igualdad aquellos pactos que sitúan a uno de los cónyuges en situación de inferioridad respecto del otro, acuñándose legalmente para diluir toda idea de supremacía o autoridad y correlativa sumisión o dependencia; todo ello, sin olvidar que la igualdad es un concepto relativo, en el sentido que para examinar su concurrencia, deberá partirse de un determinado matrimonio, en un momento histórico y una sociedad determinada¹⁶.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en lo que representa el régimen jurídico y el contenido de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura ante su creciente utilidad y adopción.

II. LA AUTONOMÍA PERSONAL E IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES Y SUS LÍMITES

Un reconocimiento legal de la autonomía de los cónyuges para pactar cuestiones relativas a su matrimonio o a su ruptura, trasladable a las parejas de hecho, igualmente, ante su eventual ruptura, tiene su fundamento positivo en el artículo 1 de la Constitución Española en cuanto proclama la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, así como su base fundamental en el principio de libertad y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución Española), en el principio de igualdad contenido en los artículos 14 y 32 de la Constitución Española¹⁷; y, en el principio de seguridad jurídica al que se refiere el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna. También en el seno del Código Civil, el artículo 1323 permite a los cónyuges celebrar válidamente toda clase de contratos sin más límites que las leyes, la moral y el orden público, tal como prevé el artículo 1255¹⁸. De la misma forma, los cónyuges pueden pactar cualesquiera disposiciones por razón del matrimonio (artículo 1325 del Código Civil), teniendo las obligaciones derivadas de los mismos, plena fuerza vinculante entre los cónyuges según establece el artículo 1091 del Código Civil. A la vigencia del principio de libre autonomía de la voluntad hace referencia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2015¹⁹, que reproduce la doctrina sentada por las sentencias de este mismo Alto Tribunal de 24 de junio y de 17 de octubre de 2015²⁰ en cuanto proclama “el profundo cambio social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (artículo 1255 del Código Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se

refiere a pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en el artículo 231-19 del Código Civil catalán y en el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana” (declarada inconstitucional la norma por la sentencia de Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril)²¹.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2022²² señala que, el principio de autonomía de la voluntad consiste “en el poder que le corresponde a un sujeto de derecho para dictar reglas y dárselas a sí mismo, fijando el contenido de las relaciones personales y patrimoniales en las que voluntariamente participe. Se integra en ella la facultad para constituir, modificar y extinguir obligaciones contractuales. Comprende la posibilidad legítima de determinar el contenido de un pacto o convención fijando las cláusulas y condiciones que mejor se adaptan a los deseos o necesidades de las partes, así como la posibilidad de concretar contratos atípicos para satisfacer las más diversas necesidades individuales, o adherirse o no a las condiciones generales impuestas por el predisponente en la denominada contratación seriada o en masa. Desde la perspectiva expuesta, la autonomía de la voluntad es la médula del negocio jurídico en afortunada expresión utilizada en la materia. Abarca, igualmente, como es natural, la libertad de no comprometerse contractualmente. Nace de su vigencia el principio de *pacto sunt servarnda*, que obliga a respetar los pactos o compromisos válidamente asumidos. En la esfera del Derecho sucesorio, se manifiesta en el poder de ordenar la propia sucesión, bajo la regla imperante que la voluntad del testador es la ley suprema de la sucesión.

Pues bien, frente a reticencias iniciales no ofrece duda que, hoy en día, se encuentra perfectamente consagrado el principio de libre autonomía de la voluntad en el ámbito propio del derecho de familia, con plena vigencia en las relaciones horizontales entre los cónyuges, y bajo la limitación del principio de orden público del interés y beneficio de los menores en relaciones verticales con los hijos (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2011²³; de 31 de enero de 2013²⁴; de 28 de septiembre de 2016²⁵; de 25 de abril de 2018²⁶; y sentencias del Tribunal Constitucional, de 28 de septiembre de 2009; de 14 de septiembre de 2020; y, de 19 de abril de 2021, entre otras, que califican de tal forma el interés superior del menor).

En todo caso, no ofrece duda, como señala, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2002²⁷ en relación con los acuerdos en contemplación de situaciones de crisis matrimoniales que “en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1255 del Código Civil) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 del Código Civil), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter “ad solemnitatem” o ad sustantiam. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas”. Asimismo, la sentencia del citado Alto Tribunal y Sala de 7 de noviembre de 2018²⁸ declara que “la autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal”; y, la sentencia del citado Tribunal Supremo, Sala de lo Civil,

21 de febrero de 2022²⁹ que “(...) encajan en el marco de los negocios jurídicos de familia, los pactos que los cónyuges celebren para autorregular sus relaciones horizontales, tanto personales como patrimoniales, con carácter vinculante para ellos; siendo, igualmente, válido pactar con respecto a las relaciones verticales con sus hijos; si bien, dicho acuerdos están condicionados, en su eficacia, a la vigencia del principio del interés y beneficio de los menores, concebido como auténtico principio de orden público o bien constitucional”. En fin, operando sobre las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4^a, de 2 de noviembre de 2018³⁰ y de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8^a, de 13 de diciembre de 2018³¹ consagración del principio de libre autonomía atribuye a la pareja facultades de autorregulación sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la ruptura convivencial, bajo fórmulas de acuerdos prenupciales, en prevención de una futura e incierta fractura matrimonial; convenios reguladores para pactar las medidas definitivas derivadas de los procedimientos consensuados de separados y divorcio (artículo 90 del Código Civil), y acuerdos transacciones posteriores al convenio regulador, pero todos ellos sin llegar a ser aprobados judicialmente”. Independientemente de tales acuerdos existen, como establece la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 22 de abril de 1997³² los que consisten en el convenio regulador aprobado judicialmente.

En esta defensa al principio de autonomía de la voluntad AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ manifiesta que “deben afrontarse las relaciones entre cónyuges con una cierta perspectiva favorable al reconocimiento de una mayor libertad y respecto del ámbito de responsabilidad de los sujetos para permitir que puedan decidir sobre algo tan privado como sus relaciones personales y patrimoniales, ajustándose a sus necesidades concretas y reales, con la adecuada dispensa a la protección de terceros”³³. O, como precisa, GARCIA MAYO esta ampliación de la autonomía de la voluntad “ha venido impulsada, entre otros factores, por la exclusión del concepto patriarcal de familia —la democratización de las relaciones familiares— y la instauración del divorcio libre —que no privado—. A tal impulso han contribuido, obviamente, diferentes hitos legislativos que, en principio, responden a los cambios sociales habidos en España democrática posconstitucional”³⁴. Pues bien, en esta línea de evolución de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2022³⁵ señala que “(...) frente a las reticencias iniciales no ofrece duda que, hoy en día, se encuentra perfectamente consagrado el principio de libre autonomía de la voluntad en el ámbito propio del derecho de familia, con plena vigencia en las relaciones horizontales entre los cónyuge y bajo la limitación del principio de orden público del interés y beneficio de los menores en las relaciones verticales con los hijos (sentencias de esta Sala de 25 de abril de 2011; de 31 de enero de 2013; de 28 de septiembre de 2016; y de 25 de abril). (...) Por otra parte, los pactos amistosos o contratos de separación conyugal, inicialmente considerados inválidos por recaer sobre materias que se reputaban fuera del comercio de los hombres (artículo 1275 del Código Civil), por entenderlos contrarios a los límites de la autonomía de la voluntad contemplados en el artículo 1255 del Código Civil, por estimar ilícita su causa (artículo 1275 del Código Civil), o por la imposibilidad normativa de transigir sobre causas matrimoniales (artículo 1814 del Código Civil), fueron ulteriormente reputados como legítimos y eficaces por una progresiva jurisprudencia,

adaptada a las exigencias de una nueva realidad social en continua evolución, cuyas primeras manifestaciones podemos encontrar en las sentencias de 31 de enero de 1985³⁶; de 22 de abril de 1997³⁷; o 27 de enero de 1998³⁸, entre otras, que otorgaron eficacia a los pactos reguladores de la separación de hecho entre los cónyuges. En este panorama, de potenciación de la libertad y autonomía de los cónyuges, se consagra el término negocio jurídico de familia, para destacar que dicha categoría incluye también los pactos derivados de las relaciones familiares en la medida en que se admite la autonomía del individuo. Hasta el punto, ello es así que, ya la sentencia de esta Sala 414/1987, de 25 de junio, destacaba que “actualmente se reconoce un auténtico contractualismo en el ámbito del derecho de familia””.

Ahora bien, los límites a esta libertad de pactos entre los cónyuges son, por una parte, los nacidos de los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges en el matrimonio (artículo 32.1 de la Constitución Española), protección integral de la familia y de los hijos con independencia de la filiación (artículo 39 de la Constitución Española) y el de seguridad jurídica ya mencionado; por otra, los límites derivados de la configuración del matrimonio, abarcando las normas imperativas referentes a los deberes entre cónyuges (artículos 67 a 71 del Código Civil); las que establecen la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (artículo 66 del Código Civil); el sistema no causal de separación o divorcio (artículos 81 y 86 del Código Civil), o las causas de nulidad matrimonial (artículo 73 del Código Civil); las normas relativas al régimen económico matrimonial primario (artículos 1315 a 1324 del Código Civil); las normas que estructuran las masas patrimoniales y su afección respecto de terceros (artículo 1317 del Código Civil); las relativas a la constitución del matrimonio (artículos 44 a 60 del Código Civil), y, asimismo, los límites marcados por las normas imperativas relativas a las relaciones paterno-familiares tales como la irrenunciabilidad e indelegabilidad en un tercero de las funciones de la patria potestad o de la custodia de los hijos (artículos 159 y 169 del Código Civil); o de la irrenunciabilidad e intransmisibilidad de los alimentos (artículo 151 del Código Civil). Y, por último, los límites derivados del artículo 1255 del Código Civil —ley, moral y orden público—³⁹; y los específicos del artículo 90 del Código Civil referido a los acuerdos que conforman el contenido mínimo del convenio regulador; esto es, que sean dañosos para los hijos o causen un perjuicio grave para uno de los cónyuges; y, el artículo 1328 del citado cuerpo legal que, sanciona la nulidad de cualquier pacto restrictivo de la igualdad de derechos que corresponde a casa cónyuge.

Ciertamente, estos límites a la autonomía privada de los futuros cónyuges representan una clara manifestación de lo que ROCA TRIAS denomina la constitucionalización del derecho de familia, al reconocer e implementar los derechos fundamentales en este ámbito⁴⁰. Es por ello que, se habla de orden público familiar que, pese a su falta de definición, expresa el valor preferente de ciertas normas o principios dentro del ordenamiento jurídico frente a las normas que reconocen la autonomía de la voluntad. Se manifiesta en ocasiones negando margen a la actuación de la autonomía de la voluntad; y, en otras, imponiendo a ésta unos requisitos superiores para la formación del convenio⁴¹.

Por lo que, la consagración del principio de autonomía de la voluntad atribuye a los cónyuges o parejas de hecho facultades de autorregulación sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la ruptura convivencial, bajo formular de

acuerdos prenupciales o alcanzados durante la vigencia del matrimonio en preventión de una futura e incierta ruptura matrimonial; convenios reguladores para pactar las medidas definitivas derivadas de los procedimientos consensuados de separación y divorcio (artículos 90 del Código Civil) o transacciones ulteriores a las sentencias matrimoniales para reglar aspectos no previstos, todo ello con la finalidad de abandonar responsablemente la institución matrimonial. Y, asimismo, el principio de autonomía de la voluntad permite a los cónyuges decidir sobre cuestiones susceptibles de libre disposición entre las partes, como el régimen al que someterán sus relaciones personales y patrimoniales, configurándolas de la forma más conveniente o deseada para la satisfacción de sus intereses o dejar de pactar sobre tales extremos renunciando a sus facultades autorreguladoras, sometiéndose en tal caso al régimen jurídico familiar que establecen las leyes civiles⁴².

Por otra parte, en relación a estos pactos hay que tener presente para su validez la igualdad de los cónyuges en su contenido. El artículo 1328 del Código Civil parte de la base de impedir cualquier forma de dependencia, sumisión personal o limitación de la propia capacidad. Asimismo, contempla una serie de límites que coincide con los que establece el artículo 1255 del Código Civil para cualquier negocio y de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. La consecuencia de no respetar la igualdad de derecho será la nulidad de la estipulación capitular⁴³. GETE-ALONSO Y CALERA señala al respecto que la igualdad habrá de ser considerada como principio que ha de presidir la interpretación de toda norma de derecho matrimonial, opere en la esfera personal, familiar o patrimonial⁴⁴.

En todo caso, como señalamos, la igualdad entre cónyuges en el ámbito de la autonomía de la voluntad y la autolimitación de derechos por parte de los cónyuges en el ámbito patrimonial se ha considerado posible en la doctrina, siempre que se respete el criterio de reciprocidad⁴⁵. A esa reciprocidad se refiere el artículo 231-20.3 del Código Civil catalán al disponer que: “3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia”. No obstante, PÉREZ HEREZA argumenta que la igualdad de derechos en el ámbito patrimonial no implica necesariamente reciprocidad de derecho, por lo que es posible una desigualdad siempre que no se prive a uno de los cónyuges de toda participación patrimonial en el haber común⁴⁶.

Ahora bien, en sede de liquidación del régimen económico matrimonial se ha discutido la posibilidad de acordar un reparto desigual; lo que, por una parte, podría vulnerar lo previsto en el artículo 1404 del Código Civil en sede de gananciales que impone un reparto por mitad; y, por otro, el artículo 1429 del citado cuerpo legal en sede de participación de bienes respecto a los límites de un reparto desigual señala que “debe regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonio y en favor de ambos cónyuges”. Señala acertadamente GARCÍA MAYO que “cabe pactar en relación con el reparto, pero siempre que se respete la igualdad a la que se refiere el propio artículo 1328 del Código Civil”⁴⁷. Por su parte, HIJAS CID, aludiendo a PÉREZ HEREZA y GARRIDO PALMA, lo defiende: “1. A que el artículo 1404 del Código Civil no constituye una norma imperativa, sino susceptible de modificación por los cónyuges; 2. Que el principio constitucional de igualdad se refiere al plano personal y no al patrimonial, esto es, todas las personas son iguales, pero no todos los patrimonios son iguales; 3. Que acudiendo al caso que uno de los contrayentes tengan un alto nivel económico y el otro carezca

de ingresos, en este supuesto, nada impide pactar un régimen de separación de bienes y el cónyuge de peor condición económica nada recibiría, 4. Que, en sede de sociedad, cuyas normas podrían aplicarse analógicamente en algún caso, el artículo 1689 del Código Civil admite un pacto de distribución desigual de ganancias”⁴⁸.

En fin, aunque se ha avanzado en la igualdad entre cónyuges resalta GARCÍA RUBIO que “en la sociedad de nuestros días ese abuso de posición negociadora todavía puede ocurrir con cierta frecuencia concurriendo, además, un claro sesgo de género, pues no es desconocido que estadísticamente los hombres suelen tener una posición económica más holgada, lo que se traduciría, asimismo, en una posición negociadora más fuerte; las mujeres serán, usualmente, la parte más débil en el proceso negociador”⁴⁹.

III. CONCEPTO, NATURALEZA Y REGULACIÓN

1. CONCEPTO Y NATURALEZA

MORENO VELASCO los define como “los acuerdos de los cónyuges celebrados antes o después de contraer matrimonio y que tiene por objeto regular los efectos de una eventual crisis matrimonial”⁵⁰. Por su parte, PAZ-ARES señala que “consisten en decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de la celebración del matrimonio dirigidos a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial”⁵¹. GONZÁLEZ DEL POZO los conceptúa como “negocios jurídicos de derecho de familia en virtud de los cuales, quienes tienen proyectado contraer matrimonio entre sí, regulan, total o parcialmente, las consecuencias o efectos, tanto personales como patrimoniales, que para ellos o los hijos que tuvieran derivan de la eventual ruptura o disolución de su futuro matrimonio, sea por separación o divorcio (o nulidad), sea por muerte de uno de ellos”⁵². Para GARCÍA MAYO son “los celebrados por los futuros contrayentes, antes de la celebración de su matrimonio, para regular aspectos jurídicos de su convivencia o las consecuencias de un eventual divorcio”⁵³.

Los pactos prematrimoniales son contratos, más concretamente, negocios jurídicos de Derecho de familia que, se caracterizan por ser condicionales ya que su eficacia queda supeditada a la efectiva celebración del matrimonio⁵⁴. Si adoptan la forma de capitulaciones matrimoniales habrán de contraerse en el plazo de un año desde su firma, tal y como prevé el artículo 1324 del Código Civil. Asimismo, son preventivos ya que son pactos proyectados para una situación eventual o contingente, ya prevén los efectos de una crisis matrimonial futura que, puede llegar a no existir. Se trata de acuerdos *pro futuro* o de carácter prospectivo que se diferencian de los pactos celebrados por los convivientes de hecho que, sin estar casados, tratan de autorregular sus intereses en el seno de la pareja e, incluso, prevén las posibles consecuencias de la ruptura que son reconocidos en leyes autonómicas de pareja⁵⁵. En el Código Civil catalán se incluyen como novedad los pactos en previsión del cese de la convivencia, con remisión a los límites establecidos para el matrimonio y una regulación del régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura. También, en la disposición adicional quinta se indica

que, los conflictos judiciales relativos a la ruptura de pareja estable, se tramitarán por las reglas de procedimiento matrimonial. En todo caso, GARCÍA MAYO considera que “se sitúan a caballo entre los negocios de intercambio y aquellos otros que vienen a crear una situación de cierta trascendencia general. Dependerá del contenido del pacto en sí” y añade “serán, en gran medida, de intercambio en tanto que se alcance se limite inmediatamente a las partes, en cuyo caso el criterio de la voluntad y de la libertad se armoniza o subordina al de la obligación de proceder de buena fe”⁵⁶. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 1998⁵⁷ señala, al respecto, que “(...) al margen del convenio regulador, los cónyuges pueden establecer los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos que, si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que el principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil”; asimismo, la sentencia de 31 de marzo de 2011⁵⁸ se refirió a la validez del contrato celebrado entre cónyuges en previsión de una posible ruptura, considerándolo como un contrato atípico, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, siempre que reúna los requisitos exigidos para la validez de los contratos. Se pronunció sobre esta validez, apoyándose en otras resoluciones anteriores del Alto Tribunal en las que ya se había admitido la validez de los convenios que no han llegado a ser aprobados judicialmente o de los acuerdos privados de separación⁵⁹.

Es, perfectamente, posible que, en el ejercicio de la libertad contractual que proclama el artículo 1255 del Código Civil, disponer pactos sobre las consecuencias futuras de una ruptura matrimonial en materias que no sean de orden público y en consecuencia, indisponibles para las partes. La propia redacción del artículo 1325 del Código Civil que permite pactos sobre “cualesquiera otras disposiciones” por razón del matrimonio, autoriza a prever no solo cuanto afecte al régimen económico matrimonial, sino a otras cuestiones, sean patrimoniales, hereditaria o las derivadas de una eventual ruptura o crisis matrimonial”. De ahí que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011 reconozca que “los pactos prematrimoniales, exponente de la libertad convencional consagrada en el artículo 1255 del Código Civil, en relación con los artículos 1315 y 1325 de dicho Texto Legal y la doctrina que configura el derecho de familia, han de considerarse válidos y eficaces en la medida que en ellos concurran los requisitos exigidos para la validez de los contratos (artículo 1261 del Código Civil y demás normas reguladoras del contrato)”. Asimismo, la sentencia de este Alto Tribunal y Sala de 15 de febrero de 2002⁶⁰ en relación con los acuerdos en contemplación de situaciones de crisis matrimoniales afirma que “en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1255 del Código Civil) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas y patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (sentencia de

22 de abril de 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 del Código Civil), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter “ad solemnitatem” o “ad sustantiam” para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la jurisprudencia y la doctrina registral⁶¹. De forma que, no se puede negar a los pactos pre-ruptura el carácter de negocio jurídico de familia⁶². En fin, recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2022⁶³ no ha de ofrecer duda tampoco la validez de los negocios jurídicos de familia, en los que las partes pactan con carácter vinculante acuerde que entran dentro de sus esfera dispositiva, relativas a sus relaciones personales y patrimoniales, siempre que concurran los requisitos del artículo 1255 del Código Civil; es decir, que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público y, por lo tanto, que no vulneren el interés superior de los hijos menores, pues, en tal caso, no serán vinculantes, o el principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución española (artículos 90.2 y 1328 del Código Civil), siempre, además, que concurran los requisitos necesarios para la existencia de cualquier contrato, cuales son el consentimiento, el objeto y la causa (artículo 1261 del Código Civil).

En definitiva, en nuestro ordenamiento rige el principio general de libertad de las partes a la hora de establecer el régimen económico matrimonial, disponiendo en este sentido el artículo 1323 del Código Civil que “el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos” y el artículo 1255 del mismo texto legal determina que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público” y los cónyuges, de acuerdo con estas disposiciones y jurisprudencia que las interpreta, tiene reconocida una amplia libertad para contratar e incluso modificar la naturaleza de los bienes que les pertenecen, bastando el mutuo acuerdo y conformidad para provocar que un concreto bien que, en todo o en parte pudiera ser ganancial o común, se desplace al patrimonio privativo de uno de los cónyuges y a la inversa.

2. CAPITULACIONES MATRIMONIALES, CONVENIO REGULADOR Y PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA

Ahora bien, se diferencian de las capitulaciones matrimoniales expresamente regulados en los artículos 1325 a 1335 del Código Civil y sujetos a restrictivos criterios formales —escritura pública con inscripción del Registro Civil (artículos 1327 y 1333 del Código Civil)—. Se trata de un contrato entre cónyuges relativos a bienes, celebrado sobre el supuesto de la existencia de un patrimonio propio de cada cónyuge o sobre una economía común del matrimonio. MORALEJO IMBERNÓN las define como “un negocio jurídico típico de Derecho de familia por el que los cónyuges o los futuros cónyuges establecen las reglas por las que habrán de regirse sus relaciones económicas durante el matrimonio (*ad intra* y *ad extra*) y/o realizan o reciben atribuciones por razón de los mismos”. Lo califica como negocio jurídico complejo, accesorio, oneroso o gratuito con conformidad con el contenido de cada uno, bilateral, personalísimo y formal, supeditado a la celebra-

ción del matrimonio⁶⁴. Por su parte, DIEZ-PICAZO considera las capitulaciones matrimoniales como un negocio jurídico de derecho de familia⁶⁵. En fin, DE CASTRO Y BRAVO sitúa las capitulaciones matrimoniales entre aquellos negocios en los que “la atribución patrimonial, aunque exista, ha pasado a un segundo plano, dada su directa finalidad organizadora o constitutiva”. En esencia, para el autor, como atribuciones patrimoniales tiene su propia y especial causa, aunque la misma queda fuera de la clasificación contemplada en el artículo 1274 del Código Civil⁶⁶. La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1^a, de 24 de noviembre de 2022⁶⁷ las define como “un contrato entre cónyuges relativo a bienes celebrado sobre el supuesto de la existencia de un patrimonio propio de cada cónyuge o sobre una economía común del matrimonio”.

El contenido de los capítulos incluye la regulación total o parcial de esa economía. El matrimonio constituye la base del negocio jurídico de capitulaciones, pero no es su causa en sentido técnico. Y ello porque los negocios de derecho de familia tienen unas peculiaridades que no permiten utilizar el concepto general de causa en el sentido del artículo 1361 del Código Civil, aunque las capitulaciones deben considerarse contratos, como lo demuestra el artículo 1335 del Código Civil. El principal pacto capitular lo constituye *ex* artículo 1325 del citado cuerpo legal, la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial. La modificación o sustitución del régimen es el objeto y la causa de las capitulaciones matrimoniales, por lo que, si falta, de acuerdo con el artículo 1325 del Código Civil, faltarán a su vez el objeto y la causa de los capítulos. La doctrina ha discutido si este pacto tiene naturaleza onerosa o gratuita, lo que se plantea más directamente cuando la modificación se produce constante matrimonio. La conclusión más general es la que entiende que los capítulos no tienen abstractamente naturaleza onerosa o naturaleza gratuita, sino que, dado el contenido complejo de las mismas, habrá que estar a la naturaleza propia de cada pacto, por lo que no puede aplicarse la distinción a las determinaciones normativas que regulan el establecimiento, la modificación o la sustitución del régimen económico matrimonial. Estas capitulaciones matrimoniales nacen de la libertad de los futuros contrayentes para pactar sobre la economía del matrimonio lo que a su derecho convenga fruto de la autonomía de la voluntad de las partes⁶⁸. En todo caso, los pactos prematrimoniales, en ocasiones, tiene la denominación de capitulaciones, si bien sujetos a los restrictivos criterios formales de escritura pública e inscripción posterior (artículos 1327 y 1333 del Código Civil).

También de los acuerdos de separación y divorcio que tienen la forma de convenio regulador, pues, se da cauce a la autonomía privada una vez surgida la crisis (artículos 90, 91 y 97 del Código Civil). Es, por ello, por el que LÓPEZ BURNIOL califica el convenio regulador de negocio jurídico de familia en tanto que estamos ante un acto de la autonomía privada y la declaración de voluntad determina y modela el contenido de sus efectos jurídicos⁶⁹.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997⁷⁰ tiene por objeto, como cuestión jurídica esencial, la naturaleza de convenio regulador en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 del Código Civil, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, según la citada resolución, debe ser considerado como negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de

autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere de aprobación judicial, como *conditio iuris*, determinante de su eficacia jurídica. Por tanto, precisa que cuando es aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva, pero, si no hubiese llegado a ser aprobado judicialmente, no es ineficaz, sino que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico. A lo que, añade que: “Deben por ello, distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y, en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil”⁷¹. Las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 25 de junio de 1987⁷² declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial; y de 26 de enero de 1993⁷³ dispone que, la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a este del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes. Reitera esta doctrina la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 1998⁷⁴ que reconoce que en aquellas cuestiones afectadas por la separación o el divorcio que no sean indisponibles, como son las económicas o patrimoniales entre los cónyuges, los convenios que se establezcan tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código Civil un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia⁷⁵.

En esencia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011⁷⁶ indica que, los cónyuges puedan pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación; y, las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 4 de noviembre de 2011⁷⁷; de 20 de abril de 2012⁷⁸ y, de 21 de febrero de 2022⁷⁹ el convenio es, por tanto, un negocio de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tantos pactos típicos como atípicos.

Ahora bien, aunque existen diferencias los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura se acerca más al convenio regulador que a las capitulaciones matrimoniales, pues, estas últimas se orientan más a organizar la convivencia y el régimen económico del matrimonio, mientras que aquellos se centran en las medidas personales y patrimoniales que ha de pactarse tras la crisis matrimonial. Es, por ello, que el contenido de un convenio suele formar parte de un pacto de ruptura⁸⁰. De ahí que, como precisa GARCIA MAYO puede considerarse *a priori* que el pacto pre-ruptura “es una especie de pre-convenio pero con un contenido aleatorio, pues, no se sabe si, finalmente, habrá ruptura”⁸¹.

Por su parte, los convenios reguladores deben observar el contenido mínimo del artículo 90.1 del Código Civil; en el caso de pactos prematrimoniales pueden

tener dicho contenido o ampliarlo (con medidas no sólo para prever las consecuencias de la crisis familiar, sino también medidas relativas a preservar la estabilidad familiar).

De todas formas, los pactos prematrimoniales se acuerdan antes de la crisis matrimonial, no como el convenio regulador que tiene lugar *a posteriori*, coincidiendo en esto con las capitulaciones matrimoniales —que se puede acordar *antes* como *post* matrimonio— y, tales pactos se pueden contener en capitulaciones matrimoniales; si bien, sujetas a restrictivos criterios formales, al debe formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (artículo 1327 y 1333 del Código Civil). En todo caso, el amplio contenido de los pactos prematrimoniales y su naturaleza preventiva (acuerdo *ex ante* del matrimonio) lo acerca más a las capitulaciones matrimoniales. El artículo 1325 del Código Civil precisamente establece que “en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismos” —entendiéndose mismos como matrimonio⁸².

Lo que va en la línea de las legislaciones autonómicas. Así el artículo 231-19.1 *in fine* del Código Civil catalán dispone que en capitulaciones matrimoniales se puede, además de determinar el régimen económico matrimonial “establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideran convenientes, incluso en revisión de una ruptura matrimonial”. Asimismo, la Ley 80.7 de la Compilación de Derecho Civil foral de Navarra señala que “las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia y ordenar: (...) Cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio”; y, el artículo 195.1 del Código Foral Aragonés establece que “los capítulos matrimoniales podrán tener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, sin más límites, que los del principio *standum est chartae*”. En todo caso, como precisa GARCÍA MAYO “no existen, por tanto, razones que lleven a entender que el contenido de la capitulación haya ser exclusivamente de tipo patrimonial: puede ser de tipo personal y más concretamente, referido a la hipotética crisis familiar”⁸³.

En este contexto, la capitulación matrimonial debe mantener su esencia; en consecuencia, además de estipulaciones capitulares —estatutarias o no— que forma su contenido típico, pueden contener pactos en previsión de ruptura. De ahí que, la sentencia de 31 de marzo de 2011⁸⁴ con ocasión de un pacto celebrado entre cónyuges que ponían fin a una situación de separación de los cónyuges y preveía, a su vez, las consecuencias de una nueva crisis, lo consideró como un contrato atípico, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, siempre que reúna los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, se cumpla con lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil, además de las normas reguladoras de los contratos.

Por otra parte, también pueden tratarse de simples acuerdos privados celebrados por los esposos una vez surgida la crisis matrimonial —que, igualmente se distinguen de los pactos prematrimoniales, básicamente por el señalado elemento temporal— que no se han presentado en el correspondiente proceso matrimonial de mutuo acuerdo y, en consecuencia, no han sido homologados o aprobados judicialmente, o ratificados por uno de los cónyuges en el procedimiento judicial de divorcio, y que una consolidada doctrina jurisprudencial los

entiende válidos como negocios jurídicos de derecho de familia; pues, si bien considera tal homologación “*conditio iuris*” de eficacia del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil; en absoluto, desconoce la eficacia del que no haya sido objeto de aprobación judicial en tanto que negocio jurídico válidos concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil⁸⁵.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 1998⁸⁶ afirma que “como tiene reconocido esta Sala, la Ley de 7 de julio de 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges; los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para todo clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código un requisito o “*conditio iuris*” de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga en forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste, o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos que, si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil, pues, como dice la sentencia de 22 de abril de 1997⁸⁷ “no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico””. Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 15 de febrero de 2002⁸⁸ señala que “esta Sala comparte la apreciación finalista del documento de 15 de diciembre de 1987 efectuada por la sentencia recurrida, en el sentido que el mismo no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial; y asimismo, comparte la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos, pues, los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1255 del Código Civil) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas y patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por

la ley con carácter general (artículo 1261 del Código Civil), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter “*ad solemnitatem*” o “*ad sustantiam*” para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la jurisprudencia y la doctrina registral que, no está condicionada en su validez y fuerza vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial. Por otro lado, y además de ello, la sentencia de 22 de abril de 1997⁸⁹ distingue entre los convenios con y sin homologación judicial y, si bien, considera tal homologación “*conditio iuris*” de eficacia del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil; en absoluto, desconoce la eficacia del que no haya sido objeto de aprobación judicial en tanto que negocio jurídico válido concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255. Y en cuanto a la otra sentencia citada —25 de junio de 1987⁹⁰— aparte de que admite la posibilidad de verificación judicial en cualquier tipo de procedimiento, y de que supuso un importantísimo avance en el reconocimiento de los acuerdos privados entre cónyuges en cuanto a materias sujetas a su disponibilidad jurídica”⁹¹. Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2018⁹² no se puede negar su naturaleza de negocio jurídico familiar válido y eficaz, como expresión del principio de autonomía de la voluntad, salvo que la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó, prueba en el proceso contencioso algún vicio del consentimiento del artículo 1265 del Código Civil o alguna modificación sustancial de las circunstancias que determinaron el inicial consenso. Aunque algún tribunal ha criticado que se predique con automatismo idéntica eficacia vinculante, cuando el convenio de vincula desde su inicio a una petición consensual de separación o divorcio, que resulta finalmente frustrada por no ser ratificado el convenio, cuando este se ratifica. Si es así fuese, se dice que sería intrascendente, salvo en sus consecuencias procesales, la ratificación o no del convenio, pues el mismo vincularía la decisión judicial en ulterior procedimiento contencioso; de 31 de enero de 2022⁹³ declara que “en efecto, no ha de ofrecer duda tampoco la validez de los negocios jurídicos de familia, en los que las partes pactan con carácter vinculante, acuerdos que entran dentro de su esfera dispositiva, relativos a sus relaciones personales y patrimoniales, siempre que concurren los requisitos del artículo 1255 del Código Civil; es decir, no sea contrarios a las leyes, a la moral y al orden público, y, por lo tanto, que no vulneren el interés superior de los menores pues, en tal caso no serían vinculantes o el principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución española (artículo 90.2 del Código Civil y 1328 del Código Civil), siempre, además, que concurren los requisitos necesarios para la existencia de cualquier contrato, cuales son el consentimiento, objeto y causa (artículos 1261 del Código Civil)”; de 21 de febrero de 2022⁹⁴ indica, al respecto, que no ha de ofrecer duda que “(...) encajan en el marco de los negocios jurídicos de familia, los pactos que los cónyuges celebren para autorregular sus relaciones horizontales, tanto personales como patrimoniales, con carácter vinculante para ellos; siendo, igualmente, válido pactar con respecto a las relaciones verticales con sus hijos; si bien, dichos acuerdos están condicionados, en su eficacia, a la vigencia del principio del interés y beneficio de los menores, concebido como un auténtico principio de orden público o bien constitucional”; y, de 30 de mayo de 2022

destaca que “estas facultades de autorregulación, de determinar el contenido de una relación convencional, fijando sus cláusulas y condiciones, no son ajena al Derecho de Familia”⁹⁵.

Como destaca GARCÍA RUBIO estos acuerdos prematrimoniales o en previsión de ruptura permiten a las partes iniciar su relación familiar y matrimonial de manera más realista, anticipando sus contingencias y planeándolas, con lo que facilita una decisión más consciente de casarse o de no hacerlo. Abren a las partes la posibilidad de regular su relación matrimonial y posmatrimonial de acuerdo con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores, de suerte que les permite ponderar todos ellos para adaptarlos a su particular situación de manera más singularizada de lo que puede hacerlo la ley. Es, por ello, que las partes regulan su relación matrimonial o su eventual crisis de forma más ajustada a su especial realidad y representa un instrumento adecuado para las familias reconstituidas⁹⁶. Lo cierto es que, estos pactos prematrimoniales constatan el difícil equilibrio entre lo imperativo y lo dispositivo en una institución matrimonial, esto es, el equilibrio entre el matrimonio como institución y el matrimonio como acuerdo. Por esto, señala REBOLLEDO VARELA que, en la actualidad puede constatarse una cierta demanda social de estos pactos previos, lo que obliga a superar el modelo heterorregulador de las instituciones familiares, basado en un Derecho imperativo donde la voluntad de los cónyuges está limitada a prestar su consentimiento en una institución definida legalmente, y la tendencia a admitir con amplitud el principio de autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia que “ha evolucionado desde una estricta consideración de las relaciones económicas entre los cónyuges enmarcadas en el régimen económico matrimonial de libre elección hasta los aspectos más completos de las relaciones personales y en vertientes antes totalmente excluidas de todo pacto”⁹⁷.

Frente a quienes ven efectos positivos en la adopción de tales pactos están, asimismo, aquéllos que se muestran contrarios a estos acuerdos, poniendo para ello el acento en la desigualdad económica, e incluso psicológica de que pueden partir las partes a la hora de celebrar tales acuerdos prematrimoniales. El caso de hombre de fortuna y la mujer que renuncia a sus derechos económicos.

3. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA

Existe una falta de regulación expresa en el Código Civil con relación a este tipo de negocios familiares —pactos prematrimoniales—, cuyo fundamento se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) y de la plena libertad de los cónyuges para contratar entre sí (artículo 1323 del Código Civil), así como para adoptar cualquier decisión por razón de su matrimonio (artículo 1325 del Código Civil). Son de aplicación en esta sede, las normas reguladoras de aquellos otros negocios jurídicos de familia con los que guardan especial semejanza por razón de la materia; también las normas generales de los contratos. De modo que, si se admiten su validez por ser contrarios a la ley, a la moral y al orden público (artículo 1255 del Código Civil), sólo podrán invalidarse por falta de capacidad o vicios del consentimiento, o, en su caso, por defecto de forma (artículo 1279 del Código Civil). Y siendo acuerdos

válidos, su ineficacia puede justificarse por aplicación de la doctrina de la alteración sobrevenida de las bases del convenio suscrito entre cónyuges (cláusula *rebus sic stantibus*).

Esta falta de regulación en el ordenamiento civil común contrasta, sin embargo, con la previsión normativa contenida en un primer momento en el artículo 15.1 de la Ley 9/1998, de 15 de julio del Código de Familia de Cataluña y tras su derogación, de forma más completa y precisa en la vigente regulación contenida en el Código Civil catalán en cuyo artículo 231-20 admite expresamente los pactos en previsión de ruptura, en el que se establecen los requisitos específicos determinantes de su validez y eficacia, y señala que a estos pactos le será aplicable el artículo 231-10⁸⁸, siendo uno de los contenidos posibles de los capítulos matrimoniales (artículo 231-19.1), pero admite que puedan constituir el objeto de una escritura pública no capitular (artículo 231-20.1). además de la licitud del objeto (artículo 231-19.1 en relación con los artículos 232-7, 233-5, 233-16 y 233-21.3) y de su forma pública constitutiva (artículo 231-20.1) el Código Civil catalán exige una serie de requisitos específicos para su validez, que deben concurrir en el momento del otorgamiento, en la medida que todos ellos están relacionados directa o indirectamente, con la correcta formación del consentimiento negocial de los otorgantes a fin de garantizar que este sea libre, voluntario y suficientemente informado. Estos requisitos se hayan referidos: a) Al tiempo de su otorgamiento en relación con el de celebración del correspondiente matrimonio (artículo 231-20.1); b) El cumplimiento de ciertos deberes de asesoramiento imparcial del notario autorizante para con los otorgantes (artículo 231-20.2); y c) A la reciprocidad y a la claridad de aquellos pactos que comporten la exclusión o la limitación de derechos (artículo 231-20.3). Por otro lado, el Código Civil catalán impone también una carga que debe cumplirse y prevé una condición que ha de concurrir, en ambos casos, para la eficacia de dichos pactos en el momento en que uno de los otorgantes pretenda hacerlos valer frente al otro —por tanto, una vez producida la ruptura de la convivencia—. Tal sucede con: a) La carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, ingresos y sus expectativas económicas siempre y cuando esta información sea relevante con relación al contenido del pacto que se trate (artículo 231-20.4); y b) Que los pactos que se trate no sean gravemente perjudiciales para el otro cónyuge a causa de circunstancias sobrevenidas que sean relevantes y que no se previeron ni podía razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron (artículo 231-20.5). el cumplimiento del deber de información que se regula en el artículo 231-20.4 no constituye propiamente, un requisito formal de validez, sin perjuicio de los efectos que su incumplimiento pudiera tener sobre la correcta formación del consentimiento necesario, este sí, para su validez. En cambio, la carga de probar dicho cumplimiento o, alternativamente, que el otorgante frente al que se invoca el pacto disponía por cualquier otro medio de dicha información al tiempo de su otorgamiento, sí constituye un presupuesto de su eficacia vinculante (artículo 233-5.1), con independencia que el notario autorizante hubiera cumplido adecuadamente su deber de asesoramiento (artículo 231-20.2). Asimismo, se remarca su carácter vinculante, pero previendo un plazo de revocación con el que se pretende garantizar, que los acuerdos hayan sido adoptados libremente. Concretamente, el cónyuge que en

el momento de la adopción del acuerdo no haya dispuesto de asistencia letrada independiente, puede dejarlo sin efecto durante los tres meses siguientes a la adopción, o como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda, en su caso, de la reconvenCIÓN en el proceso matrimonial en que se pretendan hacerlo valer. Esta posibilidad se justifica por el contexto especial en que las partes suscriben estos acuerdos. A menudo, existen graves desequilibrios en la información disponible para una parte, y para la otra, y se llega a los acuerdos en situaciones de angustia o estrés que hacen difícil realizar una valoración objetiva de los términos convenidos, y en los que existe, asimismo, un riesgo elevado de explotación o abuso de un parte por la otra.

También contempla la posibilidad de realizar pactos en previsión de una ruptura matrimonial la Ley 7/2015, de 30 de junio del País Vasco de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores en su artículo 4 que se refiere a los “Pactos en previsión de ruptura de la convivencia”. El legislador valenciano, asimismo, operó en esta línea mediante una previsión normativa de tales pactos; aunque lo cierto es que, se limita a reconocer en el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo del régimen económico valenciano la posibilidad que, tiene los cónyuges de establecer pactos prematrimoniales sin más límites que los que determina dicha disposición legal, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio, hasta la declaración de inconstitucionalidad de la norma por la citada sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril⁹⁹. Asimismo, la Ley 1/1973, de 1 de marzo por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra en su Ley 80.7 se refiere a los acuerdos prematrimoniales como contenido propio de las capitulaciones matrimoniales cuando alude a “cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio”¹⁰⁰. Por su parte, admite tácitamente la posibilidad de los acuerdos prematrimoniales los artículos 195 y 197.2 y 3 del Código de Derecho Foral de Aragón, al hacer referencia a la posibilidad de regular las relaciones familiares en capítulos matrimoniales, así como la celebración de cualquier tipo de contratos con el límite del principio *standum est chartae*¹⁰¹. Por el contrario, la Ley 2/2006, de 14 de junio del Derecho Civil de Galicia no hace mención alguna a los acuerdos prematrimoniales, salvo la referencia en el artículo 172 de la posibilidad de pactar en capitulaciones la liquidación de la sociedad de gananciales y las bases para realizarla¹⁰².

Fuera del ámbito normativo nacional y, como antecedentes jurídicos de estos pactos tiene lugar en los países adscritos al sistema del *Common Law*, muy especialmente, en EEUU. En un primer momento, estos pactos se consideraban contrarios al orden público al entender que favorecía la ruptura matrimonial frente a la concepción de matrimonio indisoluble, permanente y duradero, hasta que, el Tribunal Supremo de Florida en sentencia de 8 de marzo de 1972 caso *Posner v. Posner*, admite por primera vez un pacto prematrimonial. Al respecto, considera libre e informado el consentimiento de los cónyuges que dispusieron, en el momento de celebración del matrimonio de información suficiente sobre el patrimonio de otro contrayente. La decisión se apoya en la sentencia del asunto *Vechio v. Vechio* de 1962 que, también consideró válido un acuerdo prematrimonial, aunque no en previsión de ruptura, sino de fallecimiento. Tras estos antece-

dentes jurisprudenciales, en el año 1983 la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* aprueba la *Uniform Premarital Agreement Act* (en adelante, UPA), a través de la cual con vocación armonizadora, propone a los distintos Estados una serie de normas generales para su incorporación en sus respectivas legislaciones. Si bien, ni es un texto normativo, ni una simple propuesta. Se regula los pactos prematrimoniales con eficacia durante el matrimonio o al finalizar este, como consecuencia del divorcio o del fallecimiento de uno de los cónyuges. Quedan excluidos los acuerdos concentrados durante el matrimonio, así como los pactos convivenciales¹⁰³. En todo caso, su eficacia vinculante depende que no atenten al orden público, ni afecte a los alimentos de los hijos menores. Posteriormente, el *American Law Institute* publicó en 2002 los *Principles of the Law of Family dissolution* (en adelante, PFD) referidos tanto a los acuerdos prematrimoniales como los matrimoniales, sin tener valor normativo. Más actual es la Ley Uniforme *Premarital and Marital Agreements Act* del años 2012 (en adelante, UPMAA) que propone un tratamiento jurídico unitario tanto para los acuerdos prematrimoniales como los matrimoniales en la sección 2, y aceptados solo por dos Estados. CERVILLA GARZÓN indica que, este Acta de 2012 es producto de la evolución jurisprudencial y destaca como reglas importantes contenidas en la misma: "a. Los acuerdos son contratos formales, en los que la observación del requisito formal es esencial para que proceda su eficacia, pues, carecen de ella los que se emiten oralmente; (...) b. Como cualquier contrato, el consentimiento emitido debe ser libre, sin que exista coacción que elimine o afecte a su voluntariedad; (...) c. El consentimiento debe ser informado, lo que se consigue con la intervención de un tercero que lleve a cabo un asesoramiento legal independiente sobre el alcance jurídico del contenido del pacto; (...) d. Reproduciendo el contenido del Acta de 1983, se establece en la propuesta de Ley uniforme de 2012 la necesidad de que las partes que deben expresar su consentimiento contractual, cuando así proceda, dispongan de un conocimiento sobre la situación financiera de la otra parte contratante, que le permita determinar el alcance patrimonial de lo acordado; (...) e. Se incluye una norma idéntica a la que figuraba en el Acta de 1983, relativa a la limitación de la renuncia de derechos que, sitúa al renunciante en una situación tal que le convierte en beneficiario de una prestación o subsidio a costa del Estado; f. Finalmente y siguiendo los principios, a la normativa de algunos Estados, así como a la jurisprudencia (...) se consagra en el texto la posibilidad que los Tribunales declarén ineficaz un acuerdo que, aunque nacido válido, no pueda ser considerado como tal, pues al momento de aplicarse se observa una injusticia sustancial debido al cambio de circunstancias"¹⁰⁴.

En el Derecho inglés, la *Matrimonial Causes Act* de 1973 (en adelante, MCA) en su sección 34 establece la posibilidad que, los cónyuges puedan adoptar, por un lado, un acuerdo prematrimonial ante del matrimonio con carácter vinculante en el que se regulen las consecuencias económicas de su eventual crisis matrimonial; y, por otro lado, acuerdos postmatrimoniales y previos a la ruptura cuya admisión era preceptiva para los tribunales. En todo caso, a partir del caso *Radmacher v. Granatino* del año 2010 cuando se equiparan los acuerdos prematrimoniales a los postmatrimoniales, reconociendo a ambos naturaleza contractual y eficacia vinculante¹⁰⁵.

En fin, en febrero de 2014 la *Law Commission* publica su informe final, *Matrimonial Property, Needs and Agreements* que contiene nueve capítulos. Como destaca RODRÍGUEZ GUITIÁN “la *Law Commission* recomienda que se permita a las parejas tanto unidas en matrimonio como a las que constituyen una civil *partnership*, celebrar acuerdos prematrimoniales y posnupciales legalmente vinculante acerca del reparto de su patrimonio en caso de divorcio, disolución o separación, siempre que reúnan determinadas condiciones”. Asimismo, añade la autora “se aconseja que de dicte una ley para introducir los *qualifying nuptial agreements*, considerándolos como una nueva forma de contrato que permitiría a las parejas celebrar acuerdos vinculantes sobre los efectos patrimoniales de la ruptura de su relación”¹⁰⁶.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA

1. SUJETOS. CÓNYUGES Y PAREJAS DE HECHO

Existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia en la que se niega la analogía entre el matrimonio y las parejas de hecho y, asimismo, que se puedan equiparar en efectos. Efectivamente, se ha reforzado desde el Tribunal Constitucional que no cabe aplicar por analogía *legis* las normas del matrimonio a supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que puede recurrir, en defecto de pacto, a principios generales, como el de enriquecimiento injusto¹⁰⁷.

De todas formas, es habitual que, en diferentes leyes autonómicas de pareja de hecho se otorgue libertad a los convivientes para regular a través de pactos, sus relaciones personales y patrimoniales no sólo durante la convivencia, sino también en previsión de un hipotético cese de la convivencia. Así el artículo 234-5 del Código Civil catalán establece que “en previsión de cese de la convivencia, los convivientes pueden pactar en escritura pública los efectos de la extinción de la pareja estable”, siendo de aplicación también lo dispuesto en el artículo 231-20 en sede matrimonial.

En el caso de la Comunidad de Madrid, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre de Uniones de hecho establece en su artículo 4 apartado primero que “los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese”. En Aragón, el artículo 307 del Código Foral aragonés contempla la posibilidad que la convivencia de la pareja y los derechos y obligaciones correspondientes puedan regularse en sus aspectos personales y patrimoniales mediante convenio contenido en escritura pública, siempre que “no perjudiquen lo derechos y dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón”. Además dispone el citado precepto que “no podrá pactarse la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterse a condición”. En fin, el artículo 308 del citado cuerpo legal contempla el supuesto que el pacto que acuerde la pareja de hecho adquiere el valor de capitulación matrimonial: “si así lo hubieran acordado en la escritura,

el régimen de convivencia y de derechos y obligaciones de la pareja estable no casada adquirirá el valor de capitulaciones matrimoniales, en el caso que los miembros de la pareja contrajeran matrimonio". En esta línea, se pronuncia el artículo 5.2 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco al disponer: "No podrá pactarse la constitución de una pareja de hecho con carácter temporal ni someterse a condición. Las Administraciones Públicas no inscribirán en el registro los pactos que atentan contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus miembros".

En este contexto normativo, nuestra doctrina y Tribunal Supremo admite que la pareja de hecho pueda pactar sobre relaciones patrimoniales¹⁰⁸. Así las sentencias de 26 de enero de 2006¹⁰⁹ señala que “es posible que, por la voluntad de los convivientes se cree un sistema de comunicación de bienes parecido a cualquiera de los admitidos para el matrimonio o bien se utilicen otras fórmulas para hacer comunes todos o algunos de los bienes que se adquiera durante la convivencia. Es también posible crear comunidades sobre determinados bienes, como ha ocurrido en el caso objeto de recurso y ello porque según la sentencia de 5 de diciembre de 2005¹¹⁰ “la demostración de una voluntad expresa o tácita de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia puede determinar la existencia de una comunidad en sentido jurídico, en concordancia con nuestra jurisprudencia más reciente sobre la naturaleza y efectos de las uniones de hecho””; y, de 15 de enero de 2018¹¹¹ “son admisibles genéricamente los pactos entre los convivientes por lo que, al amparo del artículo 1255 del Código Civil adopten acuerdos en los que prevean compensaciones por desequilibrios en el momento de ruptura de la convivencia”, entre otras¹¹².

No obstante, también ha de existir limitaciones en la esfera patrimonial. Así la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2013¹¹³, tras admitir, de nuevo, que “los convivientes pueden establecer una serie de pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sea contrarios a la Ley, a la moral y al orden público”, precisa “ciertamente, no está regulada en Leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. En este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico —no así desde el social— destacan precisamente por lo contrario”. En el caso que, los convivientes no establezcan pactos expresos o tácitos, esta resolución señala que, no cabe la posibilidad de acudir a la aplicación analógica del sistema del régimen económico matrimonial, en especial, el de gananciales y que incluso es inviable la aplicación analógica de las normas de la comunidad ordinaria o de la sociedad irregular: “en los casos de ausencia de pacto entre convivientes, no es aplicable analógicamente el régimen económico de gananciales. Es decir, no se puede aplicar la normativa del matrimonio, especialmente la de los regímenes matrimoniales a las uniones de hecho porque la unión de hecho, aun generando una familia, no equivale a una unión matrimonial, debiendo estarse a los pactos entre convivientes. Además, no cabe aplicar el régimen económico matrimonial a quienes excluyen el matrimonio y, en consecuencia, no se pueden aplicar a la unión de hecho preceptos matrimoniales de la sociedad de gananciales”. Por su parte, la resolución de la Dirección

General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 21 de junio de 2021¹¹⁴ afirma que: “los convivientes pueden alcanzar pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a los referidos límites generales. Así, podrán pactar válidamente entre ellos que le sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes económicos matrimoniales y, en concreto, el de la sociedad de gananciales, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales”.

En cualquier caso, los documentos públicos o privados donde se formalizan los pactos pre-ruptura de las parejas de hecho serán inscribible en el Registro de Uniones de hecho, y nunca perjudicará a terceros (se trata de un Registro administrativo). Por otra parte, el pacto no tiene acceso al Registro Civil, pues, no hay matrimonio. Y al Registro Mercantil y al Registro de la Propiedad solo se permite el acceso, si al menos uno de los miembros de la pareja es empresario, o si el documento público tiene trascendencia real (artículos 2.2, 9 de la LH y 7 y 51.6 del RH).

Sobre tales bases, cabe cuestionarse si pueden acordar pactos prematrimoniales los menores no emancipados que, como establece el artículo 46 del Código Civil pueden contraer matrimonio. El artículo 247 del citado cuerpo legal *“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad”*. En esta línea, el artículo 248 del Código Civil: *“Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará además el de los progenitores o defensor judicial de uno y otro”*. Por lo que para los actos de disposición descritos necesitará el consentimiento de los progenitores o del defensor judicial. No los necesitará para pactar un régimen económico de sociedad de gananciales, o de separación o participación, máxime cuando los dos últimos según dispone el artículo 1329 del Código Civil los puede pactar los menores no emancipados. Es, asimismo, la posición que adopta el artículo 231-21 del Código Civil catalán *“pueden otorgar capítulos matrimoniales quienes pueden contraer válidamente matrimonio, pero necesitan, si procede, los correspondientes complementos de capacidad”*. En este contexto, tanto los mayores de edad como los menores de edad emancipados podrán acordar en capitulaciones matrimoniales el régimen económico matrimonial de gananciales, separación o participación de bienes como un pacto pre-ruptura. Respecto de estos últimos, habrá que analizar el contenido para verificar, si no necesita el consentimiento de sus padres o del defensor judicial para acordarlo.

Sean cónyuges o pareja de hecho han de tener capacidad en los términos analizados y prestar el consentimiento ha de ser libre, espontáneo, íntegro, no estando viciado por error, violencia, intimidación o dolo (artículos 1265 del Código Civil)¹¹⁵.

Además de tratarse de consentimiento no viciado, ha de ser un consentimiento informado. En los textos norteamericanos analizados en líneas precedentes, los PFD &7.04 (3) establece que un acuerdo prematrimonial se considera informado y no coaccionado cuando la parte que busque su validez demuestra que: a) Fue celebrado al menos con treinta días de antelación al matrimonio; b) A ambas se les aconsejó obtener asesoramiento jurídico independiente; y, c) Si los acuerdos se han celebrado sin el asesoramiento jurídico independiente, el acuerdo esté redactado en un lenguaje fácilmente comprensible por un adulto de inteligencia media sin formación jurídica. Por su parte, &7.04 (5) se informaron las partes de sus activos e ingresos o fueron proporcionados mediante declaración escrita. La UPMAA entiende que no es ejecutable un acuerdo prematrimonial, si una de las partes demuestra que, como resultado de la coacción, no tuvo acceso a representación jurídica independiente antes de la firma que le asesore jurídicamente sobre el alcance del acuerdo. Y, en todo caso, los cónyuges deben poner a disposición de cada uno información sobre sus patrimonios (información financiera adecuada).

Esta exigencia de consentimiento informado está también prevista en el artículo 231-20.2 del Código Civil catalán que, establece que con carácter previo al otorgamiento de la escritura donde se contiene los pactos en previsión de ruptura matrimonial, el notario tiene una doble función: 1. Debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio; 2. Debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas. Así el cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía en el momento de firmarlo de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto¹¹⁶.

En todo caso, los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.

De todas formas, para GARCÍA MAYO “convendría, además, aunque no lo exija, distanciar temporalmente el referido asesoramiento del momento de la firma”¹¹⁷.

Ahora bien, se prevé, como medida adicional, el establecimiento de límites temporales para que resulten eficaces. Así el citado artículo 231-20.1 del Código Civil catalán dispone que “en el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio, y caducan de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-19.2”¹¹⁸. En el mismo sentido, en EEUU los PFD &7.04 (3) para presumir el consentimiento informado y no coaccionado el acuerdo se ha de celebrar al menos con treinta días de antelación al matrimonio.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Vasca de Relaciones Familiares se refiere sólo al límite máximo de antelación respecto al momento del matrimonio o la convivencia: “quedarán sin efecto en caso de no contraerse matrimonio o iniciarse la convivencia en el plazo de un año”.

Para BARBA una norma que imponer un plazo de los tipos expuestos ha de considerarse positiva. Ahora bien, teniendo en cuenta que por sí solo no puede

entenderse suficiente para admitir o excluir la existencia de consentimiento informado, sería más recomendable que tal plazo no constituyese requisito de validez, sino que como una presunción *iuris tantum* de la libertad de consentimiento¹¹⁹.

2. OBJETO

Los trataremos en relación con el contenido. Si bien, de forma previa el debate se centra en si es posible la renuncia anticipada a la pensión compensatoria o a la compensación por el trabajo en casa. La postura mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia se muestra, como veremos, favorable a tal renuncia. De todas formas, CARRASCO PERERA considera que las renuncias contractuales están fuera del supuesto de hecho contenido en el artículo 6.2 del Código Civil, porque su terreno normativo es el del derecho de los contratos y no la teoría abstracta y descontextualizada de los derechos subjetivos, siendo, pues, la renuncia contractual válida si respeta lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil. Ahora bien, esa renuncia *ex ante* requiere para el autor de un contrato válido y, por ende, de una causa adecuada¹²⁰.

De todas formas, no se puede celebrar contratos sobre la herencia futura (artículo 1271.2 del Código Civil); no se puede renunciar al derecho de alimentos futuros (artículos 151 del Código Civil); no se puede renunciar tampoco anticipadamente a la acción concedida al donante por causa de ingratitud (artículo 652 del Código Civil); y, es nula la renuncia sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos (artículos 816 del Código Civil), entre otras.

3. CAUSA

Los pactos prematrimoniales han de tener causa verdadera y lícita, pues, no puede afectar al derecho a contraer matrimonio con plena autonomía, ni limitar la libertad de los cónyuges de separarse o divorciarse. Y, en cualquier caso, la eficacia del matrimonio no puede subordinarse a condición, plazos suspensivos o resolutorios, así como tampoco sujetarlo al cumplimiento de un modo. El artículo 45 del Código Civil dispone que: “*la condición, término o modo de consentimiento se tendrá por no puesta*”¹²¹.

4. FORMA Y PUBLICIDAD

La regla general es la libertad de forma prevista para los contratos en el artículo 1278 del Código Civil¹²². De forma que, se pueden otorgar en documento privado o en escritura pública ante notario. Resulta recomendable la escritura pública no solo por la mayor fuerza probatoria del documento (artículo 1218 del Código Civil), sino también por verificar la capacidad y legitimación de los otorgantes; que el consentimiento ha sido libremente conformado y que el otorgamiento de los pactos se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes; además de asesoramiento independiente e información de la situa-

ción patrimonial de ambos contrayentes y, en fin, que se trata de título ejecutivo legitimador de derechos.

Por su parte, el artículo 231-20.1 del Código Civil catalán señala que “*los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública*”, esto es, en capitulaciones matrimoniales o en escritura no capitular. También en el artículo 4 de la Ley Vasca de Relaciones Familiares se establece un requisito de forma *ad solemnitatem*, disponiendo que “para su validez, estos pacos habrán de otorgarse en escritura pública”.

Ahora bien, cabe plantearse el mandato para el otorgamiento de pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en la figura o modalidad de pactos parasociales denominados “protocolos familiares”. Ha sido reconocida normativamente no sólo su validez, sino también su posible publicidad registral, a través del régimen específico integrado por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que define tales protocolos a los efecto de su acceso al Registro Mercantil como “aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”. El artículo 114.2 a) del Reglamento del Registro Mercantil da cobertura a la posibilidad que, tales pactos protocolares puedan gozar de eficacia en el ámbito corporativo de la sociedad anónima a través de la inscripción “de cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenida en el protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”.

Ahora bien, esta validez y eficacia de los pactos parasociales incluidos en un protocolo familiar está condicionada al respecto de ciertos límites legales. En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2012¹²³ precisó que estos pactos, en lo referente a su validez “no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias, sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil”.

En este contexto, como ha destacado la doctrina especializada, con frecuencia el protocolo familia actúa como una suerte de “contrato marco”; de forma que, el protocolo carecería de virtualidad efectiva sin los correspondientes negocios de ejecución de sus previsiones, negocios que pueden ser familiares (v.gr. capitulaciones matrimoniales, pactos en previsión de ruptura), sucesorios (testamentos o pactos sucesorios) o propiamente societarios (modificación de estatutos). En consecuencia, puede hacerse efectivo el mandato de un protocolo familiar, acordando el correspondiente pacto en previsión de ruptura.

En lo que se refiere a la publicidad de estos pactos prematrimoniales, si se otorgan en documento público y siempre que afecte a derechos inmobiliarios, resultará de aplicación el artículo 75 del RH que referido a las capitulaciones matrimoniales y de conformidad con lo establecido en el artículo 1333 del Código Civil serán inscribibles “en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refiere el artículo 2 de la Ley y 7 del Reglamento”; ahora bien, no habiéndose aún contraído matrimonio establece en su párrafo segundo “*se suspenderá la inscripción y podrá tomarse*

anotación preventiva de la suspensión, que se convertirá en inscripción cuando se acredite la celebración de aquél o se cancelará a solicitud de cualquiera de los otorgantes, si, transcurrido un año y dos meses desde la fecha de las capitulaciones, no se hubiese acreditado que el matrimonio se celebró dentro del plazo de un año desde dicha fecha”¹²⁴.

En todo caso, se indica que, se puede defender que el acceso de estos pactos prematrimoniales al Registro de la Propiedad puede operar por la vía del negocio bajo condición suspensiva¹²⁵.

En cuanto al Registro Civil, el artículo 60.1 de la LRC establece que: “*Junto a la inscripción del matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que pueden afectar al mismo*”. En el caso que el matrimonio no se hubiera celebrado aún, el Encargado del Registro procederá a su anotación en el registro individual de cada contrayente (artículo 60.2 apartado segundo de la LRC). El resto de los pactos —como son los realizados en previsión de una ruptura matrimonial— no tiene acceso al Registro Civil.

V. CONTENIDO DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA

Los acuerdos adoptados por los futuros contrayentes en un contrato prematrimonial gozan de la fuerza vinculante propia de cualquier contrato. Por lo que, como hemos indicado, el consentimiento de los futuros contrayentes ha de ser libre, espontáneo, íntegro, y no estar viciado por error, dolo, violencia e intimidación (artículo 1265 del Código Civil), su objeto ha de ser una prestación cierta, lícita y posible (artículos 1271 a 1273 del Código Civil) y su causa verdadera y lícita (artículos 1274 a 1277 del Código Civil).

Los distintos pactos que las partes pueden convenir, o pueden afectar sólo a los cónyuges y ser de contenido estrictamente personal o de naturaleza patrimonial, o afectar sólo a los hijos sometidos a patria potestad.

Comenzando por los pactos entre cónyuges de naturaleza personal se pueden incluir aquellos que tienen por objeto los derechos y deberes conyugales, en particular, los que persiguen configurar el contenido personal del estado de casado. Estos deberes son impuestos a los cónyuges por la ley, y, en consecuencia, son indisponibles (artículos 67 y 68 del Código Civil). Si bien, la indisponibilidad de los deberes conyugales se ha visto afectada por la reforma del Código Civil llevada a cabo por la citada Ley 15/2005, de 8 de julio que, ha supuesto una reducción del ámbito de eficacia jurídica del contenido del matrimonio, con la única excepción del deber de socorro en su dimensión patrimonial; si bien, su incumplimiento no provoca casi ninguna consecuencia jurídica; asimismo, no concede mecanismo de reacción al cónyuge cumplidor, ni el incumplidor afronta sanción jurídica relevante como consecuencia de su incumplimiento. En todo caso, no son válidos los pactos que excluyen la obligación de vivir juntos o de guardarse fidelidad (artículo 68 del Código Civil). De todas formas, se pueden establecer acuerdos que se limiten a concretar o modular alguno de los derechos o deberes, siempre que tal modulación o concreción no afecte a su contenido esencial que, es de *ius cogens*.

Por lo que, no resulta factible la creación de deberes *ex novo* o dotar de distinto contenido a los deberes establecidos por la ley, o simplemente excluir alguno de ellos¹²⁶. Sería nulo aquel pacto que obligase al futuro cónyuge a romper relación, por ejemplo, con su familia o amigos. No obstante, se puede establecer pactos que consisten en el establecimiento de una indemnización por el incumplimiento de los deberes conyugales, aunque como hemos señalado, tal incumplimiento no se vincula en la actual regulación a la posibilidad de solicitar la separación o divorcio por parte del cónyuge cumplidor; ni tiene como consecuencia la posibilidad de que el cumplidor reclame una indemnización de daños y perjuicios básicamente morales; lo que no impide que, los cónyuges puedan acordar al respecto una indemnización a cargo del cónyuge incumplidor de los deberes que, derivan del matrimonio. De forma que, los cónyuges asumen de forma voluntaria la obligación de resarcir en caso de incumplimiento de un deber. En este contexto, se puede convenir pactos atinentes al hecho mismo de la ruptura como puede ser el establecimiento de causas específicas para poner fin al matrimonio, y los que comportan una sanción a cargo del cónyuge que, insta la separación o divorcio. Respecto a los primeros, se ha negado la posibilidad de pactar la inclusión de causas convencionales o la exclusión de causas legales de separación y divorcio. En este punto, la ley es imperativa, y cualquier pacto vulneraría el derecho fundamental a poner fin al matrimonio, además de lesionar la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución Española)¹²⁷. Asimismo, hemos de recordar que, el artículo 32 de la Constitución Española consagra la disolubilidad del matrimonio, por lo que cualquier acuerdo sobre su indisolubilidad no puede impedir, en ningún caso, el ejercicio de acción personal de separación o divorcio¹²⁸, reservándose, además, por la ley la fijación de las causas de separación o divorcio, por lo que no cabe en ningún caso su regulación convencional. En todo caso, es posible que los futuros cónyuges doten a la culpa de relevancia contractual fijando para ello una indemnización por daño moral, o, que sirva para concretar la cuantía de una prestación o pensión compensatoria¹²⁹.

En cuanto a los segundos, que supone operar en una esfera patrimonial, se puede establecer que el cónyuge que promueve la ruptura del matrimonio, tiene la obligación de abonar al otro una determinada cantidad; o también se puede convenir que uno solo de los cónyuges deba indemnizar al otro en caso de separación o divorcio, con independencia de quién haya sido el promotor. En este contexto, mientras se afirma por cierto sector doctrinal que, el establecimiento de una pena convencional por la ruptura del matrimonio es perfectamente válida sobre la base de razones fundadas tales como que, no supone la introducción de un elemento de racionalización en un derecho que se configura legalmente en términos de libertad ni comporta una limitación a su ejercicio¹³⁰; o, simplemente, se indica que, frente a la consideración de la pena convencional pactada limita el implícito derecho constitucional a separarse del obligado al pago de la pena “no sólo olvida que la declaración de nulidad de la cláusula puede impedir el, este sí, derecho constitucional expreso a contraer matrimonio de quienes deseen hacerlo, sino que, es falsa y equívoca, pues, el esposo obligado tiene tanto menos que pagar cuanto antes se separe”. A lo que hay que añadir el *ius moderandi* con el que cuenta el juez para con base en la equidad, rebajar el montante de la indemnización pactada (artículo 1154 del Código Civil)¹³¹. Frente a ello responden otros que, los acuerdos que

vinculan una indemnización al solo hecho de la ruptura son contrarios a la moral, pues, el ordenamiento jurídico establece derechos que nacen con ocasión de la crisis matrimonial cuyo fundamento es variable, pero en general se inspiran en la necesidad de reparar el perjuicio causado por la ruptura; si estamos en un caso en que no concurren los presupuestos para el nacimiento de estos derechos, supone “convertir el matrimonio en un mecanismo para prosperar económicamente”¹³². Ciertamente, pueden atentar contra la libertad de los cónyuges al disolver el matrimonio y configurar éste como un negocio generador por su sola existencia de derechos patrimoniales, lo que podría considerarse contrario, como se señala, a la moral vigente. O, en fin, se entiende que son contrarios a la equidad o al orden público familiar por operar, por un lado, como elemento disuasorio para el cónyuge que desea poner fin al matrimonio, ya que, al separarse o divorciarse va a obtener una indemnización, y, por otro, por obstaculizar *de facto* la voluntad del otro de separarse, al tener que pagar, si ello sucede, una indemnización; o, en fin, por contrariar el orden público constitucional¹³³. De todas formas, serían inválidos aquellos pactos que causen una notable desproporción entre la situación existente antes y después de la ruptura, por elevar tanto el coste de la indemnización que, excluya de hecho la facultad de instar la crisis matrimonial¹³⁴; o que las ventajas de la ruptura sean tan atractivas que, la conviertan en una “tentación irresistible”¹³⁵. Respecto de los acuerdos indemnizatorios condicionados a que el matrimonio dure un determinado número de años no serían válidos en cuanto afectan a la libertad de los cónyuges de poner fin a su matrimonio cuando lo deseen y vulneran el principio de igualdad al imponerse de forma unilateral¹³⁶. En cuanto, a la indemnización en forma de pena convencional en caso que el matrimonio sobrepase un determinado número de años, ante el daño moral que se puede derivar de esa ruptura, siempre operando con la moderación judicial indicada en líneas precedentes, parece que serían admisibles¹³⁷.

En todo caso, parece que, serían admisibles los acuerdos con causa subjetiva fundados en el incumplimiento de deberes conyugales por el esposo obligado a indemnizar o, por haber causado la ruptura¹³⁸; si bien, con relación a los acuerdos indemnizatorios con causa objetiva, habría de analizar en cada caso, si del hecho que —ligado a la ruptura— va a generar el deber de indemnizar, puede presumirse del mismo, precisamente, la existencia de un perjuicio para el cónyuge acreedor.

Centrándonos en la esfera patrimonial, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2018¹³⁹ que “si la parte que suscribió el convenio, como negocio jurídico de familia y que aporta como tal por la contraparte al proceso contencioso, no alega ni justifica ninguna de las circunstancias antes mencionados —vicios del consentimiento o alteración sustancial de las circunstancias—, el tribunal no ha decidir sobre las medidas de naturaleza disponible que se le postulan, apartándose de lo libremente pactado por los cónyuges en el convenio suscrito por ambos y haciendo su particular apreciación legal sobre tales materias”¹⁴⁰.

1. PACTOS SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

En concreto, en los pactos sobre pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo

de 2012¹⁴¹ afirma que “el artículo 97 del Código Civil exige que la separación o divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se tienen en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2010¹⁴² que declaró la doctrina siguiente: “(...) para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con la actividades del otro, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio”. Esta doctrina se ha aplicado en sentencias posteriores 856/2011, de 24 de noviembre¹⁴³ y 720/2011, de 19 de octubre¹⁴⁴. De ahí que, cabe deducir que el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio; si bien, entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, es decir, implican “un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio” a los efectos de la reclamación de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello, cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes como en uno de separación”¹⁴⁵. Como señala, asimismo, la sentencia del citado Alto Tribunal y Sala, de 23 de abril de 2018¹⁴⁶ con referencia a las sentencias de 22 de junio de 2011¹⁴⁷ y de 18 de marzo de 2014¹⁴⁸: “El punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así dice que “(...) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que sí ha de probarse es que ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge”. En la sentencia de 12 de febrero de 2020¹⁴⁹ se declara que: “Ahora bien, como señala la reciente STS 96/2019, de 14 de febrero¹⁵⁰, la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que ha estado sometido el matrimonio, así “como cualquier otra circunstancia relevante”, de acuerdo con lo dispuesto en artículo 97 del Código Civil”. Y, en la sentencia de 28 de marzo de 2022¹⁵¹ se indica que: “(...) la pensión compensatoria no es un mecanismo reequilibrador de patrimonios (...). Ello es así, dado que las circunstancias concurrentes del mencionado artículo 97 del Código Civil operan como criterios determinantes de la existencia de desequilibrio y módulos de cuantificación de su montante económico”¹⁵².

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2009¹⁵³ define la pensión compensatoria como “(...) una prestación

económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o *ex cónyuges* —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio". Por lo que, se refiere a la naturaleza jurídica y presupuestos para la concesión de la pensión compensatoria viene a sostener el Tribunal Supremo: 1. El artículo 97 del Código Civil regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia —en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad, razón por la que ambas resultan compatibles, pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria— entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación y porque no se compadece con su carácter indemnizatorio que sea posible su modificación a consecuencia de una alteración sustancial y posterior en la fortuna de uno y otro cónyuge y, por supuesto, su extinción—, que responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio, siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos; 2. Tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que, sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge; 3. En sintonía con lo anterior, siendo uno de los razonamientos que apoyan su fijación con carácter temporal aquel que destaca, como legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia, de su mayor dedicación al cuidado de la familia; 3. La expresa naturaleza y función de la pensión compensatoria obligan al órgano judicial a tomar en cuenta para su fijación, cuantificación y determinación del tiempo de percepción, factores numerosos y de imposible enumeración, entre los más destacados, lo que enumera el artículo 97 del Código Civil. Estos factores o circunstancias tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias y, una vez, determinada la concurrencia de la misma, la de ac-

tuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión; 4. Por último, operan también estos factores para poder fijarla con carácter vitalicio o temporal, pues, permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia, con criterios de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 del Código Civil y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad o no. En esta pretensión reequilibradora del desequilibrio económico entre los esposos en el momento de la ruptura de la convivencia con respecto a la situación que tenían hasta entonces, se ha concedido la pensión, incluso en supuestos de independencia económica, si las diferencia salariales son notorias, siendo preciso, asimismo que, tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir a éste en la situación de igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial¹⁵⁴.

Por otra parte, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 y 20 de febrero de 2020¹⁵⁵; de 13 de julio de 2020¹⁵⁶; de 23 de noviembre de 2021¹⁵⁷; y, de 21 de febrero de 2022¹⁵⁸ “(...) la pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, normalmente de trato sucesivo, fijado en forma de pensión indefinida o limitada temporalmente, susceptible, no obstante, de ser abonada mediante una prestación única, incardinable dentro de la esfera dispositiva de los cónyuges condicionada por lo que respecta a su fijación y cuantificación, a los parámetros establecidos en un concreto momento, como en la anterior convivencia marital”¹⁵⁹. En los términos del artículo 99 del Código Civil puede sustituirse por una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de capital en bienes o en dinero¹⁶⁰. Asimismo, es jurisprudencia consolidada de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal, explicitada entre otras resoluciones de 11 de mayo de 2016¹⁶¹; de 15 de marzo de 2018¹⁶²; de 11 de diciembre de 2018¹⁶³; de 7 de noviembre de 2019¹⁶⁴; de 20 de febrero de 2020¹⁶⁵; de 3 de junio de 2020¹⁶⁶; de 13 de julio de 2020¹⁶⁷; y, de 3 de marzo de 2022¹⁶⁸ con respecto a la extensión temporal de la pensión compensatoria que: 1. El establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso; 2. Que para fijar la procedencia, cuantía y duración temporal de la pensión compensatoria es necesario atender a los factores a los que se refiere el artículo 97 del Código Civil; 3. Que, a tales efectos, la función judicial radica en valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción; 4. Tal juicio prospectivo o de futuro deberá de llevarse a efecto con prudencia, ponderación y

con criterios de certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad; y 5. El plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio¹⁶⁹.

En todo caso, la citada sentencia de 15 de marzo de 2018¹⁷⁰ resume la doctrina de la Sala de lo Civil sobre la fijación de un límite temporal a la pensión compensatoria señalando que “el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 del Código Civil (que según la Sala, fijada en la sentencia de 19 de enero de 2010 del pleno), luego reiterada en las sentencias de 4 de noviembre de 2010¹⁷¹; de 14 de febrero de 2011¹⁷²; de 27 de junio de 2011¹⁷³; y de 23 de octubre de 2012¹⁷⁴, entre las más recientes, tiene la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada uno de las circunstancias, y una vez, determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Pero, a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia y ponderación y con criterio de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005 con certidumbre y potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación (sentencia de 2 de junio de 2015). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio (sentencia de 22 de octubre de 2020). En el mismo sentido, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 3 de junio de 2020¹⁷⁵ dispone que “(...) 1. Según la cita de la sentencia de 11 de mayo de 2016 tiene declarado las sentencias de 21 de junio de 2013 y de 3 de julio de 2014, entre otras, que “la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de muchas resoluciones de esta Sala (entre las más recientes, sentencias de 17 de octubre de 2008; de 21 de noviembre de 2008; de 29 de septiembre de 2009; de 28 de abril de 2010; de 29 de septiembre de 2010; de 4 de noviembre de 2010; de 14 de febrero de 2011; de 27 de junio de 2011; de 5 de febrero de 2011 —Pleno—; y de 10 de enero de 2012 que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley de 8 de julio de 2005 que ha dado una nueva redacción al artículo 97 del Código Civil, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal o, por tiempo indefinido, o en una prestación única”; 2. Una vez expuesto que la fijación de un límite temporal es posible, tanto legal como jurisprudencialmente, la cuestión se contrae a la determinación de los criterios que

deben servir de pauta a tal fin. Según la doctrina que recoge las sentencias antes citadas “el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 del Código Civil que, permiten valora la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción que no es preciso prolongar más allá de su percepción por la certeza que va a ser factible la superación del desequilibrio, del juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre”¹⁷⁶.

Ahora bien, en el marco de la casuística jurisprudencial, algunos pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, determinaron en un juicio de ponderación de las circunstancias concurrentes, la fijación de la pensión compensatoria sin límite temporal. Así la sentencia de 13 de julio de 2020¹⁷⁷ declaró: “Pues bien, en el caso presente, siguiendo las pautas y criterios de prudencia, no apreciamos concurra una alta probabilidad para la demandada recurrente, en el plazo de tiempo fijado por la sentencia recurrida de tres años, pueda encontrar un empleo estable, más bien, todo conduce a considerar, en ausencia de otros elementos de juicio, poco halagüeñas posibilidades de integración en el mundo laboral; toda vez que cuenta con más de 55 años de edad, perteneciendo, en consecuencia, a un colectivo en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y tasas de desempleo elevadas, así como la falta de actualización de sus conocimientos, tras no haberse dedicado a actividad profesional alguna en los últimos 25 años, si dejamos a salvo un lapso temporal de unos días. Es más cuando se intentó incorporar, en el año 2014, al mundo laboral tan sólo lo logró por tan escaso periodo de tiempo. Las dificultades de reciclaje profesional, preparándose para el ejercicio de otra profesión o empleo, tampoco gozan de probabilidad razonable de éxito dado el actual mercado laboral (...). En la sentencia de 3 de junio de 2020¹⁷⁸ se fijó también sin límite temporal, en atención a las circunstancias concurrentes: 25 años de duración del matrimonio, dedicación al cuidado de la familia, ausencia de cualificación laboral, incapacidad de un 40% por un proceso depresivo crónico, así como previsión de dedicación futura a las necesidades de las hijas. Igualmente, se determinó, de tal forma, el devengo de la pensión compensatoria en el caso enjuiciado por la sentencia de 6 de julio de 2020¹⁷⁹ dado que “(...) se trata de una pareja cuyo matrimonio dura más de 30 años (contraído en 1986), la demandada se casó con 21 años y se divorcia con 53 (nacida en 1965). Durante ese tiempo la esposa se dedicó al cuidado de la familia (dos hijos, actualmente mayores de edad), sin acceso al mercado laboral”. De igual manera, en el caso de la sentencia de 23 de noviembre de 2021¹⁸⁰ en atención a que: “en el caso presente, resulta que la actora cuanta actualmente con 61 años de edad, con lo que su integración en el mundo laboral es complicada, como es hecho notorio y resulta de los estudios estadísticos existentes al respecto. Buena muestra de ello, es que, desde el 4 de mayo de 2012, en que fue despedida como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, sólo trabajó seis meses, desde el 10 de diciembre de 2013 al 10 de junio de 2014 (...). Todo ello, sin perjuicio, claro está que, de incorporarse al

mando laboral, ser perceptora de una pensión de jubilación, cuyo reconocimiento y cuantía se desconocen, o darse alguna de las circunstancias del artículo 101 del Código Civil, dicha pensión puede ser revisada o dejada sin efecto (sentencias de 2 de junio de 2015; de 3 de junio de 2020; y, de 13 de julio de 2020). En la sentencia de 7 de noviembre de 2019¹⁸¹ se fundamenta la fijación de una pensión compensatoria de manera indefinida, sin perjuicio de revisión por alteración sustancial de las circunstancias con base en que: “no basta con que la esposa terminara los estudios universitarios de derecho en 2006, años después de casada (el matrimonio se contrajo en 1992), ni que esté colegiada, pues lo cierto es que durante los veinticinco años de matrimonio no ha ejercicio profesión y solo consta un breve período de empleo en la empresa de su familia hace ya algunos años (en 2001 y 2002, el cese se produce coincidiendo con el fallecimiento de su padre). El hecho que la esposa haya acompañado a su marido a sus destinos y la dedicación a una familia con tres hijos, uno de ellos con discapacidad desde su nacimiento, aunque haya contado con ayuda externa, es buena explicación su falta de acceso al mercado laboral, que no queda garantizada en el futuro con facilidad, pese a sus estudios, en atención a su edad (nació en 1965) y su falta de experiencia laboral, por mucho que su hermano sea titular de una empresa en la que en el pasado estuvo temporalmente contratada”.

En la sentencia de 22 de octubre de 2020¹⁸², igualmente, no procede la limitación temporal, pues, dada la edad de la recurrente, su ausencia de formación, duración del matrimonio, edad en la que contrajo, dedicación a la familia, e ingresos actuales y futuros del esposo, de acuerdo con el artículo 97 del Código Civil, procede establecer la pensión con carácter indefinido, con el fin de evitar el desequilibrio que la situación de divorcio, procede en la recurrente, que con su dedicación a la familia, posibilitó el desarrollo profesional del que fue su esposo, no apreciándose posibilidades ciertas de inserción en la vida laboral, al menos con la entidad que se requeriría, todo ello sin perjuicio de valorar, en su momento, futuras alteraciones que evidenciaran una mayor potencialidad económica de la hoy recurrente. A la vista de esta doctrina y teniendo en cuenta que el matrimonio se celebró en 1992, que la esposa, nacida en 1965 (por lo que cumpliría 56 años el presente año), padece de una discapacidad de 37%, por unas hernias discales que le afectaron a su trabajo como limpiadora, sufriendo en la actualidad de depresión, con estudios de graduado escolar, procede fijar una pensión compensatoria con carácter indefinido, dadas las escasas posibilidades que tiene de reincisión en el mercado laboral (artículo 97 del Código Civil). Por tanto, se estima el recurso en cuanto a la duración de la pensión compensatoria que se convertirá en indefinida.

Por último, finalizamos esta cita jurisprudencia con las sentencias de 3 de marzo de 2022¹⁸³, pronunciándose en el mismo sentido: “(...) cuando la Audiencia dictó la sentencia (en el mes de marzo de 2019), la recurrente tenía la edad de 61 años, y por ello, como ya dijimos en la sentencia mencionada con anterioridad y hemos de reiterar ahora “su integración en el mundo laboral es complicada, como es hecho notorio y resulta de los estudios estadísticos existentes al respecto (...”). (...) Y es que lo relevante no es, como dice la Audiencia, que por su edad pueda desarrollar un trabajo remunerado, lo que nadie niega, sino que, precisamente, por ella pueda encontrarlo. Por decirlo de forma breve. La edad que tiene

no juega a su favor, sino en su contra". Añádase a lo anterior que "no se conocen ni se mencionan otros datos relativos a su formación, cualificación y experiencia profesional idóneos para integrar un perfil atractivo en el mercado laboral y, por lo tanto, capaces de corregir o compensar el efecto desfavorable de su edad. Y, también que, al momento de dictarse la sentencia recurrida estaba percibiendo la renta activa de inserción que es una ayuda específica dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y especiales dificultades para encontrar empleo"; de 26 de septiembre de 2022¹⁸⁴ la falta de datos fiables aportados en el procedimiento de divorcio acerca de cómo se verá afectada la economía de la beneficiaria de la pensión tras la liquidación del régimen económico matrimonial, y, por tanto, la incertidumbre sobre la superación del desequilibrio explica que no puede fijarse un límite temporal; y, de 10 de marzo de 2023¹⁸⁵, igualmente, en el caso presente no se aprecia que concurra una alta probabilidad que la esposa —Dª. Eufrasia— pueda encontrar empleo estable en un tiempo prudencial, pues, además de la falta de cualificación profesional y actualización de conocimientos al no haberse desde 2008 dedicado a actividad profesional alguna; tiene más de 57 años, perteneciendo con ello al colectivo en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y alta tasas de desempleo.

De todas formas, se ha admitido en sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2013¹⁸⁶ y, de 8 de septiembre de 2015¹⁸⁷ la transformación de la pensión establecida con carácter indefinido en temporal que, puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico y, alcanzarse, por tanto, la convicción que no es preciso prolongar más allá de su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio; juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterio de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala.

En este contexto, podemos señalar que, en la actualidad existe un consenso mayoritario sobre el carácter disponible de este derecho por la parte que pueda afectar. Rige el principio de autonomía de la voluntad tanto en su reclamación; de modo que, puede renunciarse, como fijar su propia configuración¹⁸⁸. Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surjan como consecuencia del divorcio o la separación. La pensión compensatoria es una cuestión de la libre disponibilidad de las partes con lo cual no estamos ante una cuestión de Derecho necesario (*ius cogens*), sino privada, reservada al ámbito particular de los cónyuges y por ello, sujet a su plena disponibilidad, por lo que la libre voluntad de las partes es ley (artículo 1255 del Código Civil). El carácter privatístico de esta institución viene reconocida en la regla 1^a del artículo 97 del Código Civil y es señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1987¹⁸⁹ conforme a la cual "no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes". Añade la misma sentencia que estamos frente "a un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos, se pretende sólo mantener un equilibrio

y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio". En este sentido, la sentencia del citado Alto Tribunal y Sala, de 25 de marzo de 2014¹⁹⁰ afirma que se trata de un derecho subjetivo sujeto a los principios de justicia rogada y del principio dispositivo formal, puesto que, según afirma la propia sentencia de 2 de diciembre de 1987¹⁹¹ "la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, razón por la que, sigue diciendo que "es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer (...)"". Atendiendo a que los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o separación. Procede indicar que, el carácter vinculante de lo pactado con respecto a la pensión compensatoria ha sido reconocido además por las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2012; de 25 de marzo de 2014; así como en la sentencia de 11 de diciembre de 2015 en la que se estableció como doctrina jurisprudencial que "a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenido en el convenio regulador, con absoluto respecto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la ley, la moral y el orden público". O, más recientemente, en las sentencias de 14 de marzo de 2018¹⁹²; de 21 de febrero de 2022¹⁹³; y 30 de mayo de 2022¹⁹⁴.

Así se ha considerado válido el pacto por el que se concierta una prestación compensatoria en los supuestos de existencia de desequilibrio económico de uno con respecto a la posición del otro, que supone un empeoramiento de su situación económica con respecto a la ya existente constante matrimonio. Se puede, en consecuencia, pactar su cuantía¹⁹⁵, duración, modalidad (en dinero, en bienes, o combinando ambos), en suma alzada o en pensión periódica¹⁹⁶; su reducción porcentual por determinadas causas (por ejemplo, jubilación)¹⁹⁷ y sus causas de extinción¹⁹⁸. En este contexto, se considera que lo acordado por los cónyuges en el proceso de mutuo acuerdo es vinculante para el juez, que no podrá revisarlo, salvo alteración sustancial de las circunstancias económicas existentes en el momento del acuerdo prematrimonial o, se considere gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, y así parece ir la redacción dada al artículo 97 tras la reforma del año 2005.

Por todo ello, se han de considerar válidos, en términos generales, los pactos que acuerden la fijación preventiva de la pensión o incluso la exclusión de este derecho a la pensión. Respecto de los primeros la admisibilidad de este pacto de fijación de la prestación compensatoria quedaría en cierta forma predeterminado a qué durante el proceso de separación o divorcio, se pudiera comprobar la existencia de una situación de desequilibrio de uno de los cónyuges respecto del otro, o si la cuantía de la prestación que se hubiera pactado, pudiera ser para el cónyuge deudor excesivamente gravosa, lo que podría suponer su eventual dimisión. Respecto a los segundos, las dudas pueden surgir ante el hecho que, la inexistencia de la pensión puede colocar al cónyuge renunciante en situación de necesidad o cuando se trata de renuncias preventivas. Lo cierto es que, el pacto por el que se renuncia anticipadamente a la compensación por desequilibrio es uno de los

pactos prematrimoniales más habituales. Suelen incluirse en capitulaciones matrimoniales, pero también establecerse en documento privado. La admisibilidad de este pacto depende de si se considera válida o no la renuncia preventiva de derechos no adquiridos, pues, no cabe duda del carácter disponible de la pensión compensatoria. Frente a quienes afirman la nulidad de esta renuncia preventiva a la compensación por desequilibrio económico sobre la base de considerar que “podría llevar a comprometer el derecho a poner fin a una convivencia no deseada, solicitando el divorcio o la separación cuando hubiere causa, ante el temor de sufrir las graves consecuencias que, se derivarían en el terreno económico para el demandante”¹⁹⁹; o, simplemente, entienden que no resulta posible la renuncia preventiva de derechos futuros, de suerte que solo cabe renuncia abdicativa —dejación de un derecho adquirido— y recognoscitiva —dejación de un derecho dudoso o controvertido—, por lo que, desde tal planteamiento no sería posible la renuncia anticipada a la prestación compensatoria, al ser nula tal renuncia²⁰⁰. Hay otra línea doctrinal partidaria de su admisión y, por ende, de su validez al entender que la renuncia anticipada a un derecho futuro (renuncia preventiva) no constituye en realidad renuncia de derechos, sino exclusión voluntaria de la ley aplicable (artículo 6.2 del Código Civil), que es la voluntad de no llegar a adquirir el derecho, adquisición que, se hubiera producido, si la ley aplicable no se hubiese excluido²⁰¹. En el citado artículo 6.2 se distingue entre la renuncia de derecho y la renuncia a la ley o exclusión voluntaria de la ley aplicable, sometiendo a ambas a los mismos requisitos que, no sean contrarias a la ley, ni al orden público, ni perjudiquen a terceros. Asimismo, en esta línea, se argumenta a favor de su validez sobre la base de considerar que, tal renuncia resulta perfectamente conciliable con el hecho que, el objeto del contrato puede ser cosas o derechos futuros (artículo 1271 del Código Civil)²⁰². O, simplemente, se alude a que, no resulta cierto que en nuestro derecho solo se permita la renuncia a un derecho ya nacido, pues, el propio artículo 1102 del Código Civil admite la renuncia a la acción procedente de negligencia contractual²⁰³. O, en fin, se considera que la prestación compensatoria es un derecho del cónyuge que, por no afectar a hijos menores es disponible y, en consecuencia, perfectamente renunciable²⁰⁴, o su renuncia al no ser un derecho obligatorio, no vulnera el orden público familiar al no afectar a normas de Derecho de familia puro²⁰⁵.

En todo caso, puede ofrecer dudas en cuanto a su admisión y validez las renuncias preventivas unilaterales, por vulnerar *a priori* y con carácter necesario el principio de igualdad. No así las renuncias recíprocas (onerosa y gratuita), pues, el único límite a la posible libertad de pactos vendría derivado de un mínimo principio de reciprocidad²⁰⁶. Esta exigencia de reciprocidad implica igualdad en la fijación de criterios para ambos cónyuges. Precisamente, el legislador catalán ha establecido la reciprocidad como criterio legal para admitir la validez de los pactos prematrimoniales, como exigencia imperativa en el apartado 3 del artículo 231-20 del Código Civil catalán²⁰⁷. No obstante, serían posibles las renuncias preventivas unilaterales, cuando los derechos desiguales de los cónyuges tengan razones fundadas atendibles²⁰⁸. Admitida la renuncia, se entiende que sería eficaz siempre que en el momento de la ruptura, no se haya producido un cambio sustancial de las circunstancias bajo las cuales se efectuó. La renuncia lleva implícita,

en consecuencia, la cláusula *rebus sic stantibus* y se aplica la teoría de la alteración de la base del negocio²⁰⁹.

De todas formas, resulta operativa la distinción entre relaciones conyugales personales íntimamente ligadas con el reconocimiento de una autonomía mínima e irrenunciable de cada cónyuge, ámbito propio de la prohibición contenida en el artículo 1328 del Código Civil, y las relaciones patrimoniales en las que debe primar la libertad contractual.

Si bien, conviene poner de manifiesto que, frente a nuestro Derecho Civil que no dota de naturaleza asistencial a la pensión compensatoria, como si la tiene la pensión de alimentos; sin embargo, en el Derecho civil catalán tiene cabida el carácter asistencial de la pensión compensatoria; de modo que deviene irrenunciable en la parte de la prestación que tenga tal carácter. El artículo 231-16.1 del Código Civil catalán dispone al respecto: “*1. En previsión de ruptura matrimonial puede pactarse sobre la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria, de acuerdo con el artículo 231-20; 2. Los pactos de renuncia no incorporados a un convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor*”.

Si bien, GARCIA MAYO considera que en el derecho civil común hay que atender a que la pensión compensatoria no tiene naturaleza asistencial o alimenticia; cuestión distinta para el autor es que “en determinados supuestos o circunstancias, cuando el cónyuge beneficiario se encuentre en situación de necesidad, la pensión compensatoria reconocida acabe haciendo las veces —cumplimiento la función— de pensión alimenticia —cubriendo esa necesidad— pero lo hace indirectamente, sin que esa sea su naturaleza, pues no es la necesidad un presupuesto para el reconocimiento de la compensación contemplada en el artículo 97 del Código Civil”²¹⁰.

En este contexto, se consideran válidos los que fijan el pago de una renta vitalicia, que no es una pensión compensatoria. Así en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015²¹¹ no resulta de aplicación el artículo 97 del Código Civil, ni por la misma razón el artículo 100 del citado cuerpo legal, sobre la aparición de circunstancias sobrevenidas. Sin perjuicio, como analizaremos en otro apartado, se invoca la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y la posible moderación de lo pactado. Aplicada la doctrina al caso de autos, se rechaza por la Sala la moderación o extinción de la renta vitalicia pactada, 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 al 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 artículo 1258 del Código Civil que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 14 de marzo de 2018²¹² se fijó el pago de la pensión compensatoria teniendo en cuenta el acuerdo al que llegaron los esposos en forma de indemnización en una sola entrega, en ningún caso de forma periódica y está dirigida a la compra de una determinada vivienda, es decir, vino a dar valor vinculante a este compromiso, cuya extinción ahora pretende. Esto es ambas partes en el ejercicio de sus propios derechos y obligaciones llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión compensatoria en una prestación de trato único, que fue tenido

en cuenta en la sentencia de divorcio para el pago de una vivienda que servía de domicilio a la esposa e hijos y que configuró una obligación líquida, vencida y exigible e incluso ejecutada en procedimiento de familia. De ahí que, se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, no es posible la extinción de la pensión compensatoria pactada de esta forma, porque en realidad, en dicho pacto, que la sentencia tuvo en cuenta al margen de la ratificación por uno de los cónyuges, como dice la sentencia 9/2018, de 10 de enero, no se contempla realmente el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de las partes”.

2. PACTOS RELATIVOS AL DERECHO DE COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO EN CASA

En el régimen de separación de bienes los cónyuges han de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de la manera que hubieran pactado y, en defecto de convenio, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, como resulta del artículo 1438 del Código Civil.

El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación de bienes. Resulta habitual que la obligación de participar en la satisfacción de las mencionadas cargas se lleve a efecto por ambos cónyuges con los ingresos procedentes de sus respectivos trabajos, pero ello no cercea la posibilidad de la prestación exclusiva en especie por parte de uno de ellos, mediante la realización de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos comunes. Esta contribución mediante el trabajo para casa se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello o significa que no sea susceptible de generar una compensación, al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma.

En este sentido, la jurisprudencia ha proclamado que el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de finalización del régimen²¹³. Por lo que, la dedicación personal en la ejecución de las labores domésticas, atención a los miembros de la familia, cuidados del hogar, dirección de la casa, podrán ser valoradas a los efectos de fijar la compensación del artículo 1438 del Código Civil. Se ha empleado de forma gráfica para conceptualizar tal derecho, la expresión de salario diferido; si bien, en estricta técnica jurídica no es tal, pues, no estamos ante una retribución de una relación de trabajo dependiente y subordinada. En definitiva, cada cónyuge ha de contribuir, como pueda y hasta donde pueda hacerlo, en el proyecto común de convivencia marital. En este contexto, esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 14 de julio de 2011²¹⁴ fijo la siguiente doctrina, ratificada por otras ulteriores como la sentencia de 14 de marzo de 2017²¹⁵: “El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya

contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge". Asimismo, las posibles dudas interpretativas que habían suscitado en la decisión de algunas Audiencia Provinciales determinó que las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2015; de 14 de abril de 2015; y de 25 de noviembre de 2015²¹⁶ señalasen que: "(...) exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impone reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio y con ayuda externa, pues, la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento". No obstante, con posterioridad, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y del Pleno de la Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2017²¹⁷ complementó la jurisprudencia de este Tribunal, dando una interpretación a la expresión normativa "trabajo para la casa", que no cercenase la aplicación del artículo 1438 del Código Civil, cuando se trata de actividades profesionales o negocios familiares precisando que: "Por tanto, esta Sala debe declarar que, la colaboración en actividades profesionales o negocios para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión "trabajo para la casa" contenida en el artículo 1438 del Código Civil, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostentimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. Con este pronunciamiento se adapta la jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras, en sentencia 534/2011 y 135/2015, al presente supuesto en el que la esposa no sólo trabajaba en el hogar, sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya anticipaba en sentencia 136/2017, de 28 de febrero que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización del trabajo fuera del hogar se ha realizado "por cuenta ajena"". Por otra parte, la sentencia de 25 de noviembre de 2015, cuya doctrina se ratificó en sentencia de 5 de mayo de 2016²¹⁸ ha señalado al respecto que: "La forma de determinar la cuantía de la compensación ofrece algunos problemas. En la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011 se dijo que el artículo 1438 del Código Civil se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar el régimen, puedan establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Ahora bien, esta opción no se utiliza, como sería deseable, ni se ha utilizado en este caso, por lo que entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código Civil no contiene ninguna orientación que no sea la que resulta de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes y no del de participación de los artículo 1441 y siguientes del Código Civil. Una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con

el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que, se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por a falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges a cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niegan al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalarios que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado. Pero nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios, ni participar en los del otro”.

Ahora bien, el trabajo para la casa no es excluyente, en el sentido que impida beneficiarse de la compensación económica del artículo 1438 del Código Civil, por la circunstancia que cuente con ayuda externa (sentencias 614/2015, de 25 de noviembre; 678/2015, de 11 de diciembre; y 136/2017, de 28 de febrero). Y, a diferencia de lo que sucede con el artículo 232-5 del Código Civil catalán que condiciona el derecho a obtener la compensación económica por un cónyuge a que “el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior”, estableciendo, además, un límite a dicha indemnización, el Código Civil no exige dicho requisito, ni fija ningún tope cuantitativo a la compensación económica procedente. De ahí que, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011²¹⁹; de 31 de enero de 2014²²⁰; (Pleno) de 26 de marzo de 2015²²¹; de 25 de noviembre de 2015²²²; de 11 de diciembre de 2015²²³; de 28 de febrero de 2017²²⁴; y, de 11 de diciembre de 2019²²⁵ han excluido la exigencia de enriquecimiento del deudor, que debe pagar la compensación por el trabajo doméstico.

En todo caso, la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil no es incompatible con la compensación liquidatoria del régimen de separación de bienes del artículo 1438 del citado cuerpo legal; de manera tal que cabe fijar la cuantía de ambas y ser conjuntamente percibidas por el cónyuge acreedor. Mientras que la compensación del artículo 1438, lo que valora es la dedicación pasada a la familia por el trabajo para la casa, la pensión compensatoria del artículo 97 tiene en cuenta tanto la pasada como la futura, tras la disolución del vínculo matrimonial. Ésta se basa en el desequilibrio económico en relación a la posición del otro cónyuge, que implica un empeoramiento en su posición anterior en el matrimonio; mientras que el artículo 1438 pretende compensar la aportación al levantamiento de las cargas familiares, que no deja de constituir una obligación de ambos consortes proporcionalmente a sus ingresos y/o posibilidades (artículos 1318 y 1438 del Código Civil)²²⁶. La pérdida de oportunidades laborales es contemplada en la apreciación del desequilibrio económico y en la cuantificación de la pensión compensatoria²²⁷.

Sobre tales bases, en cuanto a lo que representa los pactos relativos al derecho de compensación por el trabajo para la casa las mayores dudas se pueden suscitar en torno a su posible exclusión preventiva. Se consideran válidos los pactos por el que, la futura esposa renuncia a la compensación regulada en el artículo 1438 del Código Civil por el trabajo realizado para la casa y el pacto por el que los futuros cónyuges fijan de antemano su cuantía²²⁸. Asimismo, se destaca que no se trata de un supuesto de renuncia, sino que el citado artículo 1438 se inserta en la regu-

lación establecida para el régimen de separación de bienes; por tanto, dentro de libertad capitular que corresponde a los cónyuges para establecer los regímenes matrimoniales, se puede pactar en capitulaciones matrimoniales un régimen de absoluta separación²²⁹. Por lo que no sólo se puede acordar la supresión de la compensación, sino también su modulación (reducción o incremento)²³⁰.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de marzo de 2023²³¹ en esta línea después de recordar que “nos encontramos ante unos pactos en previsión de crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia, siempre que se cumplan los requisitos de los contratos (en especial, el artículo 1261 del Código Civil) y que respeten los límites infranqueables que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento (artículos 1255 y 1328 del Código Civil), en el entendido que el orden público como límite a la autonomía de la voluntad para la ordenación de los efectos de la crisis matrimonial se idéntica sustancialmente con los principios y valores constitucionales. Así los pactos no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (artículo 32 de la CE), ni se contrarios al interés de los hijos menores (artículo 39 de la CE). Tampoco pueden contravenir normas imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan”, precisa en relación con la regulación del Código Civil en relación con la compensación por desequilibrio y la compensación por el trabajo para la casa que “tienen carácter disponible tanto en su reclamación que, puede renunciarse, como en su configuración. Ambas se conceden solo a petición de parte y su determinación judicial debe hacerse teniendo en cuenta los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges (artículo 97 del Código Civil para la compensación por desequilibrio), o a falta de acuerdo entre los cónyuges (artículo 1438 del Código Civil para la compensación por el trabajo doméstico). Los acuerdos sobre estos derechos, y, en particular, los que incluyen su renuncia, pueden formar parte de convenios reguladores de la crisis matrimonial que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 del Código Civil “serán aprobado por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”. Se introduce así con carácter excepcional un denominado “control de lesividad” que resultaría también aplicable a los pactos prematrimoniales que incluyan contenido propio de un convenio regulador. Por la excepcionalidad con la que se regula, es evidente que la lesividad no puede apreciarse sin más por el hecho que se renuncie a derechos que corresponderían legalmente en caso de no existir renuncia, pero que se configuran por el legislador como derechos disponibles”.

Sobre tales bases, continua la Sala señalando que “partiendo del respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, la validez de sus acuerdos exige la formación libre del consentimiento. En el caso, no se ha denunciado por la esposa ningún vicio del consentimiento, ni tampoco cabe presumir una relación de superioridad del futuro esposo respecto de ella que diera lugar a que su consentimiento no fuera libremente formado y emitido. Se trata de un matrimonio celebrado por dos personas con cierta madurez, que llevaban cuatro años de relación sentimental, incluido un periodo de convivencia. Cuando otorgaron las capitulaciones, días antes de contraer matrimonio, los dos se encontraban divorciados (él con tres hijos de su matrimonio anterior e importantes cargas económicas), es decir, contaban

con una experiencia matrimonial fracasada y el conocimiento de lo que eso lleva. La futura esposa disponía de una trayectoria profesional y vital que impide hablar de una parte “débil” o ignorante que pudiera haber padecido error sobre las consecuencias de su renuncia: tenía en ese momento 43 años y era, según ha mantenido el recurrente y ella no ha negado, licenciada en economía y empresaria autónoma”. Por otra parte, como precisa la citada resolución “la intervención de notario que autoriza la escritura pública de capitulaciones matrimoniales garantiza que la futura esposa pudiera ser consciente de lo que implicaba la renuncia que firmada y en este sentido, resulta significativo que en la escritura el notario hiciera constar lo siguiente “manifiestan, asimismo, los señores compareciente, aun advertidos por mí (el notario) de la trascendencia y contundencia de este pacto que quieren pactar y, en efecto, pactan que, en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos. A excepción de las acciones que amparen a los hijos comunes, en su caso”. Por lo que, continúa la Sala “partiendo de un consentimiento libre y consciente, en el caso debemos rechazar que pueda apreciarse, por el contenido del pacto y su objeto, referido a derechos patrimoniales disponibles, algún límite a la autonomía privada que permita considerar que es lesivo. Como hemos dicho, para ello no es suficiente que en el momento de la disolución del matrimonio concurran los presupuestos para el reconocimiento de los derechos a que se ha renunciado, por entender que así convenía a sus intereses. En la escritura se exoneró al futuro esposo de contribuir a las cargas del matrimonio y ambos se reconocieron “la suficiente formación y cualificación profesional como para poder ejercer una actividad profesional que les permita satisfacer a día de hoy sus necesidades privativas de manera independiente, así como cooperar, de manera proporcional a sus respectivos recursos económicos, al sostenimiento de los gastos comunes y cargas del matrimonio”. Además, en el momento de celebrarse el pacto, partiendo del reconocimiento de la cualificación y capacidad de ambos y, en consecuencia, de la posibilidad de obtención de ingresos propios y de la voluntad de mantener esa situación independientemente de la cuantía de sus patrimonios, la renuncia preventiva no puede considerarse lesiva para la esposa. En el caso, tampoco se perjudican los intereses del hijo común que, quedan garantizados por los alimentos reconocidos a su favor, en los términos que ya se han expuesto.

No obstante, se parte de la posibilidad de que aparezcan circunstancias no previstas que pueden colocar a un cónyuge en una situación que, por no serle imputable, puede hacer irracional exigir el cumplimiento de las previsiones negociales de los esposos. Si bien, no es el caso de autos, ni por ello, puede aceptarse el argumento de la sentencia recurrida acerca de que no se han cumplido las premisas de la renuncia porque el Sr. Julio continuara ejerciendo actividades profesionales remuneradas y llegado el nacimiento del hijo común, la Sra. Covadonga se dedicara a su cuidado, sin que el cuidado personal del Sr. Julio fuera paritario. En el propio pacto, las partes acordaron la posible contratación de terceros que complementasen la función de cuidado de los hijos, y la sentencia recurrida (al cuantificar las prestaciones que reconoce) tiene en cuenta que la dedicación de la

esposa no fue “excluyente”. En todo caso, señala el Alto Tribunal, si en relación a la dedicación personal de la esposa, se dieran, además, todos los respectivos presupuestos legalmente exigidos para uno y otra figura, podría dar lugar al reconocimiento del derecho a la prestación compensatoria y de la compensación económica por el trabajo, pero no permite concluir que la renuncia previa a tales derechos sea ineficaz, tal y como se ha advertido ya por la Sala. Precisamente, en el caso no se ha alegado, ni la sentencia menciona, que por alguna circunstancia extraordinaria la esposa no pudiera trabajar, primero tras la celebración del matrimonio y luego tras el nacimiento del niño. Tampoco se ha alegado que por concurrir alguna circunstancia fuera de lo común el cuidado del niño requiera de una dedicación especial que, al ser asumida en exclusiva por la madre, la hubiera colocado, por no poder trabajar, en una situación de precariedad económica que las partes no pudieron contemplar al pactar las consecuencias económicas de un eventual divorcio. En consecuencia, se parte del presupuesto común de las previsiones de los futuros esposos ha sido que ambos contaban con capacidad para obtener ingresos separados y su voluntad libre fue mantener esa situación de total independencia de los patrimonios y excluir las prestaciones económicas y compensaciones que, de no mediar la renuncia, pudieran ser exigibles. En esencia, el presupuesto común de las previsiones de los futuros esposos fue que ambos contaban con capacidad para obtener ingresos separados y su voluntad libre de mantener esa situación de total independencia de los patrimonios y excluir las prestaciones económicas y compensaciones que, de no mediar renuncia, pudieran ser exigibles. Y ello según recoge el pacto “independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno” que tal como resulta acreditado en la instancia, eran desiguales con anterioridad a la celebración del matrimonio. De acuerdo con lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso de casación y declarar no haber lugar a establecer pensión compensatoria a favor de la esposa, ni tampoco a la indemnización al amparo de lo establecido en el artículo 1438 del Código Civil.

En esta sentencia del Tribunal Supremo declara válidos los pactos prematrimoniales que contienen la renuncia a pensión por dedicación a la familia y compensatoria. Por ello, se revoca parcialmente la sentencia recurrida en cuanto reconoció a la ex esposa una pensión compensatoria y por dedicación a la casa y a la familia, pues, privó de eficacia a la renuncia contenida en capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio que, se regiría por el régimen de separación de bienes y que, en caso de divorcio, nada se reclamarían los esposos por cualquier concepto acción que, pudiera generarse por razón del matrimonio. Asimismo, se sigue operando a favor de la admisión con amplitud del juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre las personas casadas. Se trata de pactos en previsión de una crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia siempre que se cumplan los requisitos de los contratos. Además, no se ha denunciado por la esposa ningún vicio del consentimiento, ni tampoco cabe presumir una relación de superioridad del futuro esposo respecto de ella que diera lugar a que su consentimiento no fuera libremente formado y emitido. Tampoco se perjudican los intereses del hijo común que quedan garantizados por los alimentos reconocidos a su favor. Los pactos objeto de discusión se incluyeron en una escritura de capitulaciones en las que, además de pactar, como hemos señalado, el régimen de separación de bienes,

acordaron las partes ante notario que “en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno”. Precisamente, la intervención de notario autorizando la escritura pública de capitulaciones matrimoniales garantiza que la futura esposa sea consciente de lo que implica la renuncia que firma.

Ahora bien, también señala la Sala que en la regulación del Código Civil la compensación por desequilibrio económico y la compensación por el trabajo para la casa tiene carácter disponible, tanto en su reclamación, que puede renunciarse, como en su configuración. Los acuerdos sobre estos derechos y, en particular, los que incluyen su renuncia, pueden formar parte de convenios reguladores siempre que no sean lesivos para una de las partes. Además, para su validez, exigen la formación libre del consentimiento. Como hemos manifestado, en el presente caso, en el momento de celebrarse el pacto, partiendo del reconocimiento de la cualificación y capacidad de ambos y de la posibilidad de obtención e ingresos propios y de la voluntad de mantener esa situación independientemente de la cuantía de sus patrimonios, tal renuncia preventiva no puede considerarse lesiva para la esposa. A tal fin, no resulta suficiente que en el momento de la disolución del matrimonio concurran los presupuestos para el reconocimiento de los derechos a que se ha renunciado, pues, precisamente, esa es la finalidad del pacto que los futuros esposo pactaron libremente por entender que convenía a sus intereses. Sobre tales bases y ante el hecho que estamos ante derechos patrimoniales disponibles no puede apreciarse límite a la autonomía privada que permita considerar lesivo al pacto.

En fin, es posible que en momento de la ruptura aparezcan circunstancias no previstas que puedan colocar a un cónyuge en una situación imprevista, no imputable que, puede hacer irracional exigir el cumplimiento de las previsiones negociales acordadas por los esposos (aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que analizaremos). En el caso en cuestión no se ha alegado, ni la sentencia lo menciona que, por alguna circunstancia extraordinaria la esposa no pudiera trabajar, primero tras la celebración del matrimonio y luego tras el nacimiento del hijo. Tampoco se ha alegado que por concurrir alguna circunstancia fuera de lo común respecto al cuidado del niño que requiriese una dedicación especial que, al ser asumida exclusivamente por la madre, la hubiera colocado en una situación de precariedad económica que las partes no pudieron contemplar al pactar las consecuencias económicas del divorcio. La realidad es que las previsiones en las que operaron los futuros esposos eran que ambos contaban con capacidad para obtener ingresos separados y su voluntad libre fue mantener una total independencia de patrimonio y excluir las prestaciones económicas y compensatorias que, de no mediar la renuncia, les pudieran corresponder.

En este contexto, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1^a, de 13 de mayo de 2022²³², por su parte, tras manifestar que el consentimiento a los pactos en previsión de ruptura fue consciente contando con asesoramiento necesario y conociendo las circunstancias económicas en las que se encontraban ambos cónyuges, esto es, el consentimiento fue plenamente informado y se prestó en debida forma, se indica que, la renuncia a la compensación económica por razón del trabajo es clara y precisa. Se

trata de una renuncia que puede realizarse en el marco general del artículo 231-20 del Código Civil catalán y en el específico del artículo 232-7 del citado cuerpo legal conforme al cual en previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte puede pactarse el incremento, reducción, o exclusión de la compensación económica por razón del trabajo. Además, los pactos eran recíprocos por lo que reúnen todos los requisitos legales para su eficacia.

En contra de estos argumentos favorables se alega que, el artículo 1438 del Código Civil forma parte del régimen primario, pues se relaciona con el deber de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas familiares y a la consideración de que implica una vulneración del principio de igualdad entre los cónyuges, además de contradecir el principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto que, es irrenunciable *a priori*, y este precepto supone una aplicación del mismo²³³.

En relación también con este régimen de separación de bienes, se apunta la posibilidad de acordar pactos presuntivos y la atribución de la titularidad con el objeto de no aplicar o matizar la regla general prevista en el artículo 1441 del Código Civil²³⁴.

3. OTROS POSIBLES ACUERDOS PATRIMONIALES: SOCIEDAD DE GANANCIALES Y LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL

Otros posibles acuerdos que se pueden incluir en estos pactos preventivos, son los relativos al régimen económico del matrimonio en sede de gananciales. Así se admiten aquellos pactos que modifican este régimen incorporando la renuncia a participar en determinadas ganancias del otro cónyuge consecuencia de una determinada actividad; pactos en torno a la calificación de bienes dudosos (fondos de inversión, pensiones anticipadas etc.); pactos relativos a las facultades gestoras de ambos cónyuges; pactos relativos a la ampliación de las cargas de la sociedad conyugal; pactos relativos a la disolución de la sociedad de gananciales, además de lo prevenido en los artículos 1324 y 1355 del Código Civil en cuyo ámbito operativo juega, asimismo, la autonomía de la voluntad²³⁵. PAZ ARES señala los siguientes posibles pactos: en primer lugar, los actos relativos a la calificación de bienes dudosos; en segundo lugar los actos relativos a la ampliación de las cargas de la sociedad de gananciales; en tercer lugar, la regulación de las facultades gestoras; y, en cuarto lugar, las previsiones sobre la disolución²³⁶. Por el contrario, se consideran nulos los pactos que excluyan de responsabilidad los bienes gananciales o privativos del cónyuge deudor respecto de las obligaciones contraídas por ambos o por uno solo de ellos con el consentimiento del otro (artículos 1367 y 1369 del Código Civil).

En cuanto a los pactos de liquidación de la comunidad conyugal, sería admisibles aquellos pactos de adjudicación preferente de bienes distintos de los que determina la previsión legal del artículo 1406 del Código Civil; pactos relativos a los modos de liquidación²³⁷; pactos en los que se fijan los criterios para valorar los bienes; pactos en los que se concreta el pago de las deudas entre cónyuges; de adjudicación de obligaciones pendientes; o, en fin, los relativos a la atribución de la propiedad de la vivienda familiar o de otros bienes inmuebles, pues forman parte de la libertad

que corresponde a los cónyuges para organizar la economía de su matrimonio. Se trata de pactos válidos y eficaces sin necesidad de aprobación judicial, sean formalizados durante la vida ordinaria del matrimonio o en situación de crisis²³⁸.

Otra modalidad distinta y más problemática de los pactos liquidatorios son aquellos en los que se excluye la aplicación de las normas de liquidación legalmente establecidas para el régimen matrimonial. Contra estos pactos se puede invocar el principio de igualdad entre los cónyuges y los límites que para un reparto desigual impone el artículo 1429 del Código Civil en sede de participación de bienes y, en sede de gananciales el carácter imperativo del artículo 1404 que, impone un reparto por mitad. Si bien, a favor de los mismos, se puede alegar la libertad capitular para la configuración de regímenes atípicos y la interpretación defendida del principio de igualdad, siendo posible un pacto de distribución desigual, siempre que la desigualdad no suponga privar a uno de los cónyuges de toda participación en el haber común, pues, en este caso, se vulneraría el artículo 1691 del Código Civil.

En este contexto, son perfectamente válidos aquellos pactos en los que se convenga un régimen económico para el futuro matrimonio, siempre que se cumpla la forma legalmente establecida de su plasmación en escritura pública (artículo 1327 del Código Civil). Al respecto, no se podrían considerar válidos los pactos en lo que se pretendiese alterar el régimen económico matrimonial primario por ser contrario a normas imperativas, especialmente las relativas a levantamiento de las cargas del matrimonio y el ejercicio de la potestad doméstica (artículo 1318 y 1319 del Código Civil)²³⁹.

4. PACTOS RELATIVOS A LA VIVIENDA FAMILIAR

Por otra parte, también se destaca dentro del contenido de estos pactos preventivos, los relativos a la disponibilidad de la vivienda²⁴⁰, renuncia a un derecho de uso²⁴¹ y, a la atribución del uso de la vivienda familiar. Éstos últimos plantean especiales problemas cuando lo que se pretende es excluir de la atribución del uso al cónyuge no titular. Si se trata de un matrimonio sin hijos, la mayor parte de la doctrina se inclina por entender que, el eventual derecho que pudiese tener el cónyuge no titular —por ser su interés el más necesitado de protección— es disponible y, por ende, renunciable (acuerdo de los cónyuges al que se refiere el artículo 96.3 del Código Civil), con el único límite del control judicial posterior, dirigido a evitar que el acuerdo prematrimonial sea “gravemente perjudicial para uno de los cónyuges”²⁴². De todas formas, se puede atribuir la vivienda al cónyuge no titular, si su interés fuera el más necesitado de protección sobre la base de la previsión legal contenida en el citado artículo 96.3 del Código Civil. Por lo que, el pacto por el que se excluye de la atribución al cónyuge más necesitado de protección sería ineficaz atendiendo a tal previsión legal²⁴³. En cambio, tratándose de matrimonio con hijos, parece imponerse la tesis de la indisponibilidad del derecho y queda supeditado a la aprobación judicial (artículo 96.1 del Código Civil). Será, por tanto, el juez quien debe valor si el pacto prematrimonial es “dañoso para los hijos” (artículo 90.2 del Código Civil). El interés del menor se erige en principio fundamental para la atribución del uso, y se atribuye habitualmente al cónyuge custodio (artículo 96.1 del Código Civil)²⁴⁴. En esta línea, el artículo 233-21.3 del Código

Civil catalán contempla la posibilidad que, en previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse tanto la atribución o distribución de uso de la vivienda como sobre las modalidades de este uso, pero establece una limitación “no son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos”. Con respecto, a la existencia de hijos menores de edad emancipados o mayores de edad, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 90.2 apartado 4 del Código Civil respecto a los acuerdos ante notario (divorcio notarial) o ante el Letrado de la Administración de Justicia, no procederán aquellos que sean dañinos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o para los hijos mayores de edad o menores emancipados. Por tanto, serán válidos los acuerdos no perjudiciales respecto del uso de la vivienda cuando hay hijos mayores de edad o menores de edad emancipados²⁴⁵.

Por otra parte, se ha planteado la viabilidad de pactos prematrimoniales que decidan sobre el destino del inmueble común adquirido por ambos cónyuges, así sobre su venta y el reparto del precio obtenido por la misma en proporción a las respectivas aportaciones de los cónyuges; también los pactos en los que se decida sobre la atribución de la titularidad de la vivienda familiar adquirida por ambos a uno de ellos, y el reintegro de la mitad de las cuotas o aportaciones realizadas por el no adjudicatario o el pago de un alquiler de otra vivienda en determinada zona, precisamente, para el cónyuge no adjudicatario²⁴⁶; o, en fin, la pérdida del uso de la vivienda al cónyuge custodio en el caso de ocupación de la vivienda por la nueva pareja (matrimonial o no) del cónyuge beneficiario. Por analogía con el artículo 101 del Código Civil parece admitirse la validez de este pacto “limitativo” de la atribución de la vivienda, siempre que no perjudique gravemente el interés de los menores²⁴⁷.

5. PACTOS SOBRE ALIMENTOS.

En cuanto a los pactos de alimentos a la luz del artículo 151 del Código Civil está claro que no caben los pactos preventivos. Se trata de un derecho intransmisible e irrenunciable, sobre el que tampoco se puede transigir *ex artículo 1814* del citado cuerpo legal; por lo que, está claro que, no caben los pactos preventivos que excluyan la obligación de alimentos (ni respecto a los hijos ni entre cónyuges para el hipotético supuesto de separación de hecho).

Así, en relación con los acuerdos sobre alimentos presentes que, son frecuentes y de hecho forman parte del contenido mínimo del artículo 90 del Código Civil, hay que señalar que, su presunto valor vinculante solo opera cuando estamos ante alimentos convencionales (voluntarios)²⁴⁸. De todas formas, lo expuesto no obsta para que se puedan alcanzar acuerdos sobre su cuantía, así como sobre sus bases de actualización; si bien, sometidos a control judicial.

6. PACTOS RELATIVOS A LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS, Y GUARDA Y CUSTODIA DE ANIMALES DE COMPAÑÍA

Una vez concretados los pactos relativos a los cónyuges en la esfera personal y en la esfera patrimonial, corresponde referirnos a los pactos relativos a los hijos sometidos a patria potestad. En lo que se refiere a la forma de ejercicio de ésta, se

puede acordar al amparo del artículo 92.4 en relación con el artículo 156 ambos del Código Civil que, el ejercicio corresponda a ambos, o a uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, o que se distribuyan entre ellos las funciones. Asimismo, se puede pactar la forma de administrar o enajenar los bienes pertenecientes a los hijos menores de edad²⁴⁹. Ahora bien, con respecto a los acuerdos relativos a la educación de los hijos en caso de separación o divorcio, mientras una parte de la doctrina los rechaza por tratarse de un norma de orden público, y no cabe el juego de la autonomía de la voluntad, siendo, en consecuencia, nulo el acuerdo; otros se inclinan por su admisión siempre que tengan lugar en el mismo momento de la ruptura, no en un momento previo ante el peligro que pueda resultar dañoso para los hijos. Acertadamente señala HIJAS CID que “debería rechazarse de plano aquellos acuerdos que prohíben a uno de los progenitores ejercitar cualquier influencia religiosa sobre sus hijos o que impidan pactar a uno de los padres practicar su religión, personalmente, cuando se encuentre en el hogar en presencia de sus hijos”; siendo, sin embargo, aceptables “los pactos que van dirigidos a que el hijo reciba una determinada educación religiosa fuera del hogar”²⁵⁰.

En cuanto a la guarda y custodia en caso de separación o divorcio se puede convenir la modalidad de guarda y custodia compartida (artículo 92 del Código Civil), así como fijar en caso de guarda y custodia en exclusiva para uno de los cónyuges, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el otro progenitor no custodio, o, el régimen de visitas de otros familiares como los abuelos; o el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado, si fuera necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal²⁵¹. Como medidas contenidas en convenio regulador el artículo 90.1 a) del Código Civil han de someterse a control judicial. De contenerse en un pacto prematrimonial, la guarda y custodia exclusiva como compartida, ha de acordarse en interés de los menores y bajo el correspondiente control judicial.

En todo caso, recordemos la posibilidad de pactar anticipadamente en el llamado plan de parentalidad contenido en el Código Civil catalán, la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales: el artículo 233-11.1 f) del citado cuerpo legal establece que, para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda, hay que tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los criterios y las circunstancias siguientes ponderados conjuntamente: “f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento”. Asimismo, se puede hacer constar los compromisos que, asumen respecto de la guarda, cuidado y la educación de los hijos (artículo 233-9). Al respecto señala, en cuanto a su eficacia, el artículo 233-10.1 que “la guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos”²⁵².

Por su parte, el artículo 233-5-3 los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges; si bien, los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento.

Sobre tales bases, no se consideran válidos, por un lado, los pactos de privación de la titularidad de la patria potestad, al ser ésta irrenunciable, imprescriptible e indisponible, y solo cabe la privación por sentencia judicial (artículo 170 del Código Civil)²⁵³; y, por otro, los que establecen convenios automáticos del progenitor custodio, asociados al acaecimiento de hechos que, coarten su libertad²⁵⁴.

Por otra parte, en este ámbito de pactos prematrimoniales en relación con los hijos comunes menores de edad son habituales los que cuantifican la pensión alimenticia, que hay que satisfacer a éstos, asimismo, se puede concretar los criterios que van a posibilitar la determinación de la pensión, o, incluso la constitución de garantías para su cumplimiento²⁵⁵.

En todo caso, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2018²⁵⁶ “los acuerdos sobre medidas relativas a los hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor y con la limitación impuesta en el artículo 1814 del Código Civil, esto es, que no cabe renunciar, ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores.

Ahora bien, con respecto a los animales de compañía (seres sintientes) procede señalar que, en convenio regulador o, en su caso, en un pacto pre-ruptura se puede acordar el destino de los animales de compañía en el supuesto de crisis matrimonial o de pareja, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar animal. Se podrá fijar la guarda y custodia (que puede ser exclusiva de uno de los copropietarios o compartida), esto es, el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado del animal, un eventual régimen de visitas, así como las cargas asociadas al cuidado del animal (artículo 90 b) bis del Código Civil). En todo caso, si estos acuerdos fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial podrá ordenar las medidas a adoptar sin perjuicio del convenio aprobado.

Si los acuerdos se formalizasen ante el letrado de la administración de justicia o notario, éstos podrán advertir a los otorgantes que, a su juicio lo acordado resulta gravemente perjudicial para el bienestar de los animales de compañía y, en consecuencia, dar por terminado el expediente. En este supuesto, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (artículo 90.2 apartado 4 del Código Civil).

En fin, las medidas adoptadas en convenio o, en su caso, en pactos prematrimoniales en previsión de ruptura podrán ser modificadas en relación con los animales de compañía, si se hubieran alterado gravemente las circunstancias en que se acordaron (artículo 90.3 apartado 3 del Código Civil).

7. PACTOS QUE AFECTAN A DERECHOS FUNDAMENTALES O PUEDEN VULNERAR NORMAS IMPERATIVAS

Corresponde en este apartado referirnos a la existencia de posibles pactos prematrimoniales cuya validez puede ser cuestionada por afectar a derechos fundamentales constitucionalmente regulados, o vulnerar normas imperativas. Así se consideran inválidos los acuerdos prematrimoniales que, supongan la eliminación del cumplimiento de alguno de los deberes conyugales que constituyen el

contenido esencial del matrimonio. Por lo que, con respecto al pacto por el que se acuerda una indemnización consistente en dinero o en cualquier otra prestación patrimonial en caso de infidelidad, esto es, ante el incumplimiento del deber de fidelidad por uno de los futuros cónyuges contenido en el artículo 68 del Código Civil. La doctrina de forma mayoritaria lo considera nulo al coartar la libertad sexual de los cónyuges y el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española)²⁵⁷; aunque no faltan voces que abogan por su utilidad y validez²⁵⁸. También se consideran nulos los pactos que prohíben a uno de los cónyuges mantener relaciones de pareja con cualquier otra persona en general o con alguna en particular, o contraer nuevo matrimonio sea con persona distinta o del mismo sexo o iniciar una convivencia de hecho con otra persona, cuando tiene lugar la ruptura de la pareja, por coartar con ello la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española)²⁵⁹. Y, asimismo, los pactos relacionados con la fijación del lugar de residencia de los *ex* cónyuges cuando se impone o excluye uno determinado o se condiciona el traslado al consentimiento expreso del otro progenitor, se consideran nulos por suponer una limitación de la libertad de residencia del artículo 19 de la Constitución Española²⁶⁰.

En cuanto a los pactos ligados con la muerte de uno de los cónyuges, lo cierto es que su similitud con los pactos sucesorios prohibidos de forma genérica en el artículo 1271.2 del Código Civil (pactos sobre herencia futura) limitan mucho su eficacia y admisión en el derecho civil común frente a aquellos ordenamientos forales y autonómicos que si los consideran vinculantes²⁶¹. Así, en este contexto, no serían admisibles los pactos por el que los cónyuges renuncian a sus derechos legítimos en la herencia del otro —legítima del cónyuge viudo— por ir en contra de lo establecido en el artículo 816 del Código Civil —intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima—. Tampoco sería válido en el ámbito del derecho común el pacto por el que ambos cónyuges se comprometen a testar el uno a favor del otro por la prohibición de testamentos mancomunados y, de realizar contratos sobre la herencia futura (artículo 1271.2 del Código Civil).

Por último, serían admisibles los pactos que sustituyen la atribución del uso de la vivienda familiar por otra vivienda; los pactos de venta de la vivienda familiar común; y, los pactos por los que se obliga al cónyuge concesionario del uso a quedarse con la titularidad de la vivienda familiar con cargo a su haber²⁶².

VI. EFICACIA, INEFICACIA Y CONTROL JUDICIAL DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA.

Los acuerdos en previsión de ruptura son contratos, por lo que están sometidos a las reglas de formación de éstos, y muy especialmente las que se refieren al consentimiento y su libertad para prestarlo, máxime teniendo en cuenta que nos movemos en una relación de confianza y afectiva muy estrecha por parte de quienes lo prestan. Y, asimismo, como todo consentimiento pueden existir vicios que lo invaliden²⁶³.

Como indicamos respecto a la forma, rige el principio de libertad de forma. Por lo que serán válidos tanto si se celebrarán en documento privado como en docu-

mento público (escritura pública), o incluso un acuerdo verbal. En todo caso, por la importancia que tiene la libre formación de la voluntad y la información sobre el alcance de los mismos, resultaría más conveniente la presencia de un fedatario público. Son varias las razones que doctrinalmente se aducen para reforzar, precisamente, la opción por el otorgamiento de escritura pública ante notario: por un lado, la mayor fuerza probatoria en los procesos judiciales en los que se discutan sus términos o la existencia misma del acuerdo; por otro, el control de forma notable sobre la presencia de los requisitos esenciales del acuerdo suscrito (consentimiento, objeto y causa *ex* artículo 1261 del Código Civil); y, en fin, la específica función de control y asesoramiento que se atribuye al notario²⁶⁴. De todas formas, se considera adecuado, pese a entender que, el contenido típico de tal instrumento es la organización familiar, el que se contengan en capitulaciones matrimoniales, ofreciendo con ello un tratamiento conjunto tanto de la organización del matrimonio, como de las previsiones atinentes a su crisis²⁶⁵. Por lo que la regla de capacidad de las partes, vendría entonces determinada por lo dispuesto en sede de capitulaciones matrimoniales (artículos 1329 y 1330 del Código Civil)²⁶⁶.

Por otra parte, los acuerdos prematrimoniales en previsión de una separación o divorcio pueden servir, en su caso, como convenio regulador que, se presentará como tal para su aprobación judicial en el proceso matrimonial. En todo caso, llegado el momento el Juez deberá comprobar que, la estipulación es válida y eficaz²⁶⁷.

Ahora bien, afirmado lo anterior, como los acuerdos prematrimoniales tienen un contenido variado en algunos casos se exige la adopción de escritura pública como requisito formal para su validez. Así señala GONZÁLEZ DEL POZO que, han de constar en escritura pública como forma solemne, los pactos de fijación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial (artículo 1327 del Código Civil); los acuerdos prematrimoniales que contengan donaciones *proper nuptias* entre cónyuges de bienes inmuebles presentes (artículos 633, 1327 y 1341.1 del Código Civil); las donaciones de bienes futuros, muebles o inmuebles, solo para el caso de muerte (artículos 633, 1327, 1341.2 del Código Civil), o, en fin, las promesas de mejorar o no mejorar (artículos 826 y 1327 del Código Civil). Si bien, las partes pueden compelirse a elevar a escritura pública el pacto prematrimonial adoptado en documento privado²⁶⁸.

Sobre tales bases, relacionado con la consideración de los pactos prematrimoniales como contratos, hay que destacar, en los términos analizados, la importancia del consentimiento informado. En el Derecho catalán el notario comparte deberes de información con los propios cónyuges, al ser el objeto de la información doble: el notario debe informar sobre los derechos que legalmente corresponden a los otorgantes en ausencia de pacto y los cónyuges deben informar de su situación económica actual y de sus expectativas de ganancia futura siempre que la información guarde relación con el objeto del pacto (artículo 231-20 del Código Civil catalán). En todo caso, el juez debe controlar que el consentimiento del cónyuge renunciante no esté viciado, que se haya prestado de forma libre, sin engaño ni coacciones.

Por otra parte, hemos de señalar que, asimismo, el control judicial habrá de extender a la eficacia del acuerdo²⁶⁹. De todas formas, resulta dudoso que, el pacto formalizado en escritura pública permita a cualquiera de los cónyuges acudir al juicio de carácter ejecutivo para exigir su cumplimiento, y por ende, el reconocimiento de efectos en un juicio declarativo se puede ver limitada por la existencia

de un proceso matrimonial posterior al acuerdo. De todas formas, señala GARCÍA MAYO que, como el divorcio ante notario, se exige un control de equidad a realizar por el notario “como paso previo y necesario”²⁷⁰.

En fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2022²⁷¹ no ofrece duda que “(...) encajan en el marco de los negocios jurídicos de familia, los pactos que los cónyuges celebren para autorregular sus relaciones horizontales, tanto personales como patrimoniales, con carácter vinculante para ellos; siendo, igualmente, válido pactar con respecto a las relaciones verticales con sus hijos; si bien dichos acuerdos están condicionados en su eficacia, a la vigencia del principio de interés y beneficio de los menores, concebido como auténtico principio de orden público o bien constitucional”. Por lo que, resulta necesario tener en cuenta con respeto a los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio que conforme al artículo 90.2 del Código Civil sean aprobados por el juez “salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudica a uno de los cónyuges”²⁷². Efectivamente, no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites de los mismos, que están en la protección de igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si no hubiere²⁷³. Asimismo, no debe perderse de vista el requisito de la propia libertad contractual, debiendo únicamente proscribirse aquellos que de forma más clara ataquen la igualdad de los cónyuges. En general se entiende que vulneran tal igualdad aquellos pactos que sitúan a uno de los cónyuges en situación de inferioridad respecto del otro; todo ello sin olvidar que la igualdad es un concepto relativo, en el sentido que para examinar su concurrencia debe partirse de un determinado matrimonio, en un momento histórico y una sociedad determinada²⁷⁴.

En este contexto, los pactos prematrimoniales serán válidos y vincularán a las partes en los términos acordados. Asimismo, serán eficaces en cuanto no sean contrarios a la ley, moral u orden público. Con carácter general, el fundamento de la obligatoriedad del contrato se encuentra en el principio de *pacta sunt servanda* y en que lo acordado tiene fuerza de ley entre las partes contratantes en virtud de lo dispuesto en el artículo 1091 del Código Civil —*lex privata*—. Como hemos señalado en su momento, estos pactos pre-ruptura han de entenderse similares a la de un convenio judicial no ratificado judicialmente²⁷⁵.

Por lo que, llegado el momento de crisis familiar, es posible que ambas partes estén de acuerdo en cumplir con las medidas acordadas en el pacto pre-ruptura; de forma que, a la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo se acompaña como convenio regulador dicho pacto, siempre que contenga el contenido mínimo del convenio; de no ser así, su valor será de complemento a éste. Por el contrario, es posible que acaecida la crisis matrimonial uno de los cónyuges se aparte de lo acordado y el proceso no sea consensual, sino contencioso. En estos casos, el pacto podrá hacerse valer por el cónyuge interesado en su aplicación acompañándolo a la demanda de separación o divorcio. Será la parte que ahora niega su valor y no quiere aplicarlo el que deba justificar su negativa. El juez a la vista de las alegaciones y atendiendo a las circunstancias del caso, adoptar o no las medidas acordadas en su momento por los cónyuges en dicho pacto pre-ruptura²⁷⁶. Sobre tales bases, el artículo 233-5 del Código Civil de Cataluña dispone que: “1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo

con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede". Y añade "2. Los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada, independiente para cada uno de los cónyuges, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconvenCIÓN en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer". Por su parte, el artículo 4 de la Ley Vasca establece que: "Únicamente serán susceptibles de ejecución judicial los pactos previamente aprobados por el juez".

Por último, se entiende en la doctrina y jurisprudencia la posible ineficacia sobrevenida de lo pactado por aplicación de la teoría de la alteración sobrevenida de las circunstancias —doctrina de la “cláusula *rebus sic stantibus*”—.

Esta cláusula o regla *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de una situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes, o bien acabe frustrado el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general contenido en el artículo 1091 del Código Civil que los contratos deben ser cumplidos. Recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2013²⁷⁷ que, aunque el Código Civil no regula un mecanismo que expresamente permita extinguir o modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles, doctrina y jurisprudencia recurren a la cláusula “*rebus sic stantibus*” (estando así las cosas), próxima en su fundamento a los artículos 7 y 1258 del Código Civil, para solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de celebración del contrato.

Pues bien, esta tendencia hacia la aplicación normalizada de la figura, reconocible ya en las citadas sentencias del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 17 y 18 de enero de 2013²⁷⁸ en donde se declara que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias²⁷⁹, ha tomado carta de naturaleza en la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2014²⁸⁰ con una detallada fundamentación y caracterización técnica de la figura y del desarrollo de la doctrina jurisprudencial relativa a su régimen de aplicación. Así dispone que “en relación con el necesario cambio o adaptación de las referentes que tradicionalmente han configurado o caracterizado la aplicación de esta cláusula todo parece indicar que, debe abandonarse su antigua fundamentación según las reglas de “equidad y justicia” en pro de una progresiva objetivización de su fundamento técnico de aplicación. En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivista, resulta ya claramente compatible con el sistema codificado”. En relación con los criterios básicos de delimitación, fundamento

causal, base del negocio y asignación contractual del riego derivado se indica que “con carácter general, establecido el nexo entre el plano causal del contrato y la tipicidad contractual de la cláusula, la valoración de la incidencia que determina la mutación o el cambio de circunstancias, es decir, la posible alteración causal del contrato, se realiza de un modo objetivado mediante el recurso concorde de los criterios de concreción de dicha tipicidad con el primero, a través de la doctrina de la base del negocio, se contrasta principalmente el alcance de dicha mutación o cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y de la comutatividad o equilibrio prestacional del mismo. De esta forma, el contraste de la denominada base objetiva del negocio nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando: 1. La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se toma inalcanzable; 2. La comutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre prestación y contraprestación. Complementariamente, el contraste de la denominada base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejado pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o el cambio operado. La aplicación de la teoría de la base del negocio como cauce interpretativo a estos efectos ha sido resaltada por la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, sentencias de 20 de febrero de 2012; de 20 de noviembre de 2012; de 25 de marzo de 2013; y de 11 de noviembre de 2013). Por su parte, el otro criterio concorde a esta función delimitadora de la tipicidad contractual en la aplicación de esta figura viene representado por el *alea* o marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado “riesgo normal del contrato”. En este sentido, el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato; de forma que, para la aplicación de la figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del “riesgo normal” inherente o derivado del contrato. En suma, estos criterios de tipicidad nos responden, en una primera instancia o contraste, a las preguntas básicas que plantea la posible atención jurídica a todo cambio de circunstancias o de condiciones, si dicho cambio tiene entidad suficiente, esto es, altera el estado de las cosas de un modo relevante y si dicha alteración debe tener consecuencias para las partes implicadas”.

Pues bien, esta Sala, en sentencias de 17 de enero de 2013²⁸¹; de 18 de enero de 2013 y de 15 de octubre de 2014²⁸² 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 (artículo 9.503 de los Principios Europeos de la Contratación)²⁸³. En relación con la excesiva onerosidad, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 2015²⁸⁴ indica que “su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado.

Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (comutatividad del contrato)". Y en relación con la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2019²⁸⁵ indica, al respecto, que si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo. No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales.

En todo caso, esta cláusula *rebus* es de aplicación subsidiaria por el juez y, objeto de interpretación restrictiva²⁸⁶. En fin, esta Sala de lo Civil ha descartado la aplicación de la regla "rebus" cuando en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente revisar o resolver el contrato (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2019²⁸⁷).

En este contexto, la aplicación de esta cláusula en derecho de familia, para ROCA TRIAS tiene un claro reflejo en el artículo 90.3 del Código Civil en virtud del cual "las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges"²⁸⁸. Y para MARTÍNEZ VELEN-COSO apunta como supuestos de cláusula *rebus sic stantibus* de carácter legal, lo previsto en el artículo 100 del Código Civil sobre la modificación de la pensión por alteración de la fortuna de uno y otro cónyuge; o en los artículos 93 y 147 del citado cuerpo legal en relación con la reducción o aumento de la pensión de alimentos en función de las circunstancias económicas y las necesidades del alimentista²⁸⁹.

En fin, la aplicación de esta doctrina a un pacto prematrimonial ha sido analizado en la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015²⁹⁰ en un supuesto en que los cónyuges acuerdan ante notario días antes de contraer matrimonio que en el supuesto de separación matrimonial, el marido abonaría a la esposa una renta mensual vitalicia de mil doscientos euros. Aplicada la doctrina al caso de autos, se rechaza la moderación o extinción de la renta vitalicia, pues, no se provoca una especial onerosidad en la prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantienen una desahogada situación financiera igual que la existente en el momento de los pactos, por lo que ninguna variación se ha producido, razón que lleva a la aplicación del artículo 1258 del Código Civil que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en la crisis de pareja". En: L. Aguilar Ruiz; J.L. Arjona Guajardo-Fajardo; y G. Cerdeira Bravo de Mansilla (coords.) *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI*, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.

- (2014). "Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 33, pp. 419-431.
- (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia". En: L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, T. I, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- AGUILAR RUIZ, L., y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). "Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, enero-marzo, pp. 9-44.
- ALONSO MARTÍNEZ, Á. (2017). "La renuncia a la pensión compensatoria en un pacto prematrimonial: el juego de la autonomía de la voluntad". En: M. A. Parra Lucán (dir.), *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Granada: Comares.
- AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C. (2009). "La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes", *Autonomía privada y negocios jurídicos de familia*, Madrid: Dykinson.
- ANGUITA DE LOS RÍOS, R.M. (2011). "El hogar familiar tras la ruptura de la convivencia en pareja", *Derecho y Familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, T. I, Almería: Universidad de Almería.
- BARBA, V. (2021). "Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán", *Anuario de Derecho Civil*, número 1, pp. 21-82.
- BARRIO GALLARDO, A. (2016). "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, año 13, número 46, pp. 74-87.
- CABEZUELO ARENAS, A.L. (2004). "¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?", *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2004, pp. 2375-2394.
- CARRASCO PERERA, Á. (2013). "Comentario al artículo 6 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I, Valencia: tirant lo blanch.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILA, G. y GARCÍA MAYO, M. (2017). "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura", *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus.
- CERVILLA GARZÓN, M. D. (2017). "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos: The Uniform premarital and marital agreement Act (2012)", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, número 2, abril-junio, pp. 3-54.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008). *Derecho Civil de España*, vol. III *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas.
- DIEZ PICAZO, L. (1962). "El negocio jurídico de Derecho de Familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 212, 6 (junio), pp. 771-792.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, T. III, Madrid: Thomson Aranzadi.

- FERRER RIBA, J. (2001). "Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños", *Indret* número 4, pp. 1-21.
- GARCÍA MAYO, M. (2020). "Los pactos prematrimoniales como mecanismo de justicia preventiva en tiempos de pandemia". En: G. Cerdeira Bravo de Mansas (dir.), *Coronavirus y derecho en estado de alarma*, Madrid: Reus.
- (2021). "Pactos prematrimoniales y compensación". En: J. R. De Verda y Beaumonte (dir.), *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico interdisciplinar*, Valencia: tirant lo blanch.
- (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, Barcelona: Bosch.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil, T. LVI, Fascículo IV, octubre-diciembre*, pp. 1653-1674.
- GASPAR LERA, S. (2011). "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil, vol. 64*, pp. 1041-1074.
- (2012). "Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés", *Indret julio*, pp. 1-25.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (1991). "Comentario al artículo 66 del Código Civil", *Comentario al Código Civil, T. II*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)", *Boletín de Derecho de Familia, núm. 81, julio*, pp. 9-13.
- (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)", *Boletín de Derecho de Familia, núm. 82, septiembre 2008*, pp. 1-9.
- HIJAS CID, E. (2019). "Pactos prematrimoniales", *LA LEY Derecho de Familia, número 24, octubre*, pp. 1-15.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1990). "Convivencia mora uxorio. Estipulaciones y presunciones", *Centenario al Código Civil (1889-1989), vol. I*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- LÓPEZ BURNIOL, J.J. (1989). *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Navarra: Universidad de Navarra.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995). *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación o divorcio*, Valencia: tirant lo blanch.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). "Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad". En: C. Guilarte Martín Calero (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales, coordinadora*, Valladolid: Lex Nova.
- (2011). "Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán", *Revista Jurídica de Cataluña, año CX, núm. 1*, pp. 345-370.
- MARTÍNEZ VELENCOSO L.M. (2011). "Eficacia de los acuerdos en el seno de las relaciones familiares. Estado actual de la jurisprudencia". En: Fco. De P. Blasco Gascó; M. E. Clemente Meoro; F.J. Orduña Moreno; L. Prats Albentosa, R. Verdera Server (coords), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, T. II, coordinadores*, Valencia: tirant lo blanch.
- (2017). "Supuestos de cláusula "rebus sic stantibus" en el Derecho de Familia", *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Valencia: tirant lo blanch

- MÉNDEZ TOJO, R. (2018). "Validez de los pactos prematrimoniales en la jurisdicción del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales", *Actualidad Civil*, número 4, abril, pp. 1-10.
- MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común". En: T. Echevarría de Rada (dir.), M. R. Martín Briceño y D. Guinea Fernández (coords.), *Cuestiones actuales de derecho de familia*, Madrid: La Ley.
- MORALEJO IMBERNÓN, N (2013). "Comentario al artículo 1325 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir), *Comentario al Código Civil, T. VII*, Valencia: tirant lo blanch.
- MORENO VELASCO V. (2013). *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Navarra: Civitas.
- MUÑOZ NAVARRO, J.A. (2020). "Los pactos prematrimoniales o en previsión de ruptura matrimonial", *LA LEY Derecho de Familia*, número 25, enero, pp. 1-12.
- ORTIZ VIDAL, M^a.D., (2018). "Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado", *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, número 52, p.
- PAZ-ARÉS RODRÍGUEZ I. (2008). "Previsiones capitulares", *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares. Homenaje a Luís Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Madrid: Dykinson.
- PÉREZ HEREZA, J. (2009). "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 48, Madrid: Edersa.
- PUIG FERRIOL, L. (2004). "Matrimoni-unió estable de parella: aspectes prolemàtics, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, pp. 657-682.
- REBOLLEDO VARELA, Á. (2008). "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia, y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)". En: J. Gómez Gállico (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, T. I*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas.
- ROCA TRIAS E. (2006). "Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis". En: J.M. Amat Campoy y M.E. Amat Llari (coords.), *Homenaje al Profesor Puig i Ferriol*, vol. 2, Valencia: tirant lo blanch.
- RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2018). "Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 38, pp. 99-132.
- (2018). *Los pactos pre-ruptura conyugal*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- RUBIO GIMENO, G. (2014). *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho Civil catalán)*, Madrid: Dykinson.
- SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña". En: R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero, S. Nasarre Aznar (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Barcelona: Bosch.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2008). "Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal", *Economista & Jurist*, núm. 118, marzo, pp. 18-31.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de febrero de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de enero de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de abril de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de octubre de 2012.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 17 de enero de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de febrero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de junio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de marzo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de mayo de 2018.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 15 de octubre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de enero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de enero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de abril de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de julio de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de octubre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de abril de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de noviembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de enero de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de enero de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de febrero de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de mayo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de septiembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de octubre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de noviembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de marzo de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de junio de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de julio de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de octubre de 2023 (dos).
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1^a, 12 de julio de 2012.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1^a, 31 de marzo de 2016.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1^a, 13 de abril de 2021.
- STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1^a, 12 de mayo de 2021.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1^a, 13 de mayo de 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5^a, 26 de julio de 2013.
- SAP Zaragoza, secc. 2^a, 23 de diciembre de 2016.

- SAP Valencia, secc. 10^a, 6 de abril de 2017.
- SAP Vizcaya, secc. 5^a, 4 de junio de 2018.
- SAP Guipúzcoa, secc. 2^a, 30 de julio de 2018.
- SAP Valencia, secc. 10^a, 27 de mayo de 2020.
- SAP Granada, secc. 5^a, 12 de junio de 2020.
- SAP Cantabria, secc. 2^a, 21 de septiembre de 2020.
- SAP Valencia, secc. 6^a, 18 de enero de 2021.
- SAP Asturias, secc. 5^a, 17 de febrero de 2021.
- SAP Alicante, secc. 9^a, 29 de marzo de 2021.
- SAP Álava, secc. 1^a, 7 de junio de 2021.
- SAP A Coruña, secc. 4^a, 21 de julio de 2021.
- SAP Granada, secc. 5^a, 1 de octubre de 2021.
- SAP Toledo, secc. 2^a, 29 de noviembre de 2021.
- SAP Ourense, secc. 1^a, 10 de febrero de 2022.
- SAP Barcelona, secc. 18^a, 7 de marzo de 2022.
- SAP Burgos, secc. 2^a, 21 de junio de 2022.
- SAP Granada, secc. 5^a, 22 de septiembre de 2022.
- SAP Sevilla, secc. 2^a, 4 de octubre de 2022.
- SAP Salamanca, secc. 1^a, 24 de noviembre de 2022.
- SAP Valencia, secc. 10^a, 27 de febrero de 2023.
- SAP Murcia, secc. 4^a, 30 de marzo de 2023.
- SAP Ourense, secc. 1^a, 5 de abril de 2023.
- SAP Murcia, secc. 4^a, 10 de abril de 2023.
- SAP Ciudad Real, secc. 1^a, 4 de mayo de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 18^a, 3 de julio de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 18^a, 19 de julio de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 12^a, 20 de julio de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 12^a, 24 de julio de 2023.
- SAP Madrid, secc. 24^a, 30 de noviembre de 2023.

NOTAS

¹ SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2011). “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”. En: R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero, S. Nasarre Aznar (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Barcelona: Bosch, pp. 328-329.

² PAZ-ARÉS RODRÍGUEZ I. (2008). “Previsiones capitulares”, *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares. Homenaje a Luís Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Madrid: Dykinson, p. 100.

³ La Exposición de Motivos de la Ley señala al respecto que “la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto o el contenido de lo propuesto sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados o uno de los cónyuges y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Solo en estos casos deberá dictar una resolución en la que se impongan las medidas que sean precisas”.

⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6^a, de 22 de noviembre de 1999 (LA LEY 167843,1999); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4^a, de 18 de julio de 2013 (LA LEY 121707,2013).

⁵ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997 (LA LEY 6125,1997); de 3 de febrero de 2006 (LA LEY 389/2006); y de 17 de octubre de 2007 (LA LEY 165788,2007).

⁶ Lo que contrasta con la tradición en materia de acuerdos prematrimoniales en EEUU que, incluso han sido objeto de regulación específica, así la *Uniform Premarital Agreements Act* de 1983 en la que se reconoce la validez de los contratos prematrimoniales y los regula de forma detallada; y, asimismo, los *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* de 2002. En Europa, el legislador alemán se ha limitado a reconocer en el parágrafo 1408 del BGB la posibilidad de renunciar a la compensación por desequilibrio económico mediante pacto expreso incluido en capitulaciones matrimoniales. Precisa MARTÍNEZ VELENCOSO L.M. (2011). “Eficacia de los acuerdos en el seno de las relaciones familiares. Estado actual de la jurisprudencia”. En: Fco. De P. Blasco Gascó; M. E. Clemente Meoro; F.J. Orduña Moreno; L. Prats Albentosa, R. Verdera Server (coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, T. II, coordinadores*, Valencia: tirant lo blanch, p. 1531 señala que “como regla general, los acuerdos prematrimoniales son vinculantes, ya que no existe ninguna previsión específica acerca de la posibilidad de que los tribunales modifiquen o anulen dichos acuerdos. No obstante, el Tribunal Constitucional alemán en una sentencia de 6 de febrero de 2001 estableció la necesidad de revisar judicialmente los acuerdos de los cónyuges cuando se daban determinadas circunstancias”. Desde entonces, señala la autora “el Tribunal Supremo ha especificado los parámetros sobre los que se debe llevar a cabo esa revisión, así la libertad en la regulación de las consecuencias del divorcio no debe tener el efecto de desvirtuar la finalidad tuitiva que se contiene que las previsiones legales, lo cual se daría en el caso de que uno de los cónyuges hubiese de soportar una distribución de las cargas inaceptable y desproporcionada”.

En Italia se ha considerado que los pactos en previsión de divorcio son nulos por ilicitud de causa sobre la base de lo dispuesto en el artículo 160 del *Codice Civil*. No se admite la renuncia anticipada de la pensión compensatoria, al afirmar su naturaleza asistencial y el carácter indisponible. No obstante, la doctrina ha admitido los acuerdos que conceden una mayor tutela al cónyuge débil.

⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011 (LA LEY 29142,2011), que en sus *Fundamentos de Derecho tercero y cuarto* optan por la validez de los contratos celebrados entre cónyuges en previsión de futuras rupturas. Al respecto se indica que ‘los requisitos para la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador. Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado convenio regulador, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previniendo otra posible crisis de

convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación. Cono se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil y no sólo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato. En este caso hay que concluir que concurre: a) El consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque, aunque el recurrido, alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) El objeto del contrato; y, c) La causa de la obligación establecida. En este sentido, el contrato generó únicamente obligación para el marido, el cual no es indicio de ninguna anomalía contractual”.

⁸ RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2018). “Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 38, p. 100.

⁹ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, Barcelona: Bosch, p. 18.

¹⁰ AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en la crisis de pareja”. En: L. Aguilar Ruiz; J.L. Arjona Guajardo-Fajardo; y G. Cerdeira Bravo de Mansilla (coords.) *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI*, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, p. 23; GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, número 4, p. 1658; HIJAS CID, E. (20199. “Pactos prematrimoniales”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 24, octubre, p. 2.

Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán”, *Revista Jurídica de Cataluña*, año CX, núm. 1, p. 350, señala que son particularmente útiles estos pactos en previsión de ruptura cuando uno o ambos miembros de la pareja desarrollan una actividad empresarial, básicamente en el ámbito de la empresa familiar. Igualmente, PAZ-ARES I., “Previsiones capitulares”, *op. cit.*, p. 110, establece que, la conservación de la empresa o de una actividad profesional compartida, exige a menudo ponerla fuera del alcance de los avatares matrimoniales, y es por eso que en los protocolos familiares se sugiere o impone a quienes los suscriben hacer capítulos acordes con aquella finalidad. Para BARRIO GALLARDO, A. (2016). “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP*, año 13, número 46, pp. 77-78 desde una perspectiva sociológica, se asocian estos pactos a “personas que ya han atravesado los costes emocionales y financieros de un divorcio, o a otros sujetos que han visto de cerca las consecuencias traumáticas de una ruptura, por vivencias de parientes y amigos; ello les lleva a adoptar precauciones frente a una experiencia amarga que no se desean repetir o vivir en carne propia. Asimismo, la existencia de descendencia no común, fruto de una unión anterior hace que se arrastren cargas familiares como, por ejemplo: pensiones compensatorias o de alimentos”. RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M^a. (2018). *Los pactos pre-ruptura conyugal*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 35 a 62 considera posibles razones para el auge de estos pactos: los matrimonios mixtos; el alto índice de divorcios; y las segundad y sucesivas nupcias.

¹¹ PAZ ARÉS RODRÍGUEZ, I. (2008). “Previsiones capitulares”, *op. cit.*, pp. 110-111.

¹² AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”. En: L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, T. I*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 106.

¹³ RJ 1997,3251.

¹⁴ RJ 2011,3137.

¹⁵ En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5^a, de 4 de julio de 2018 (JUR 2018,281283); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6^a, de 18 de marzo de 2020 (JUR 2021,56236); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10^a, de 27 de mayo de 2020 (JUR 2020,209107).

¹⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5^a, de 26 de julio de 2013 (JUR 2013,331848); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10^a, de 6 de abril de 2017 (JUR 2017,156804) no estima la Sala que exista conculcación del derecho a la igualdad de ambos cónyuges, pues, como se desprende de los autos ambos, por edad, profesión y experiencia anterior, eran plenamente conscientes del acuerdo a que habían llegado de tipo económico, entre los dos, ante Notario, afectado solo y exclusivamente a los mismos en el orden económico, dada la inexistencia de hijos comunes, lo que se traduce en que mal puede alegarse y estimarse, posteriormente, que dicho pacto limitaba la igualdad entre ambos, cuando los dos conocen perfectamente —no se olvide su edad y cualificación profesional— las consecuencias de tal pacto, pues, de admitirse la demanda quebraría el principio de libertad de pactos, permitiéndose que se pudiese firmar válidamente cualquier pacto, ante la seguridad de más tarde, dejarlo sin efecto, pese a conocer plenamente la trascendencia y alcance del mismo; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1^a, de 7 de julio de 2020 (JUR 2020,255728); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2^a, de 21 de septiembre de 2020 (JUR 2020,335185) de lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de D^a. María Ángeles, 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 la que la esposa resulta beneficiada de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los actos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos, y una relación matrimonial no extensa temporalmente, pero tampoco fugaz. Los datos añadidos que resulta de la prueba practicada son expresivos de la suficiente información y de la libertad de ambas partes en momentos previos o coetáneos al pacto que hacen inviable ahora que desplieguen sus efectos propios. Ambos celebran el matrimonio con edades verdaderamente maduras, sin descendencia común previa, con experiencias de matrimonios anteriores, sin que la esposa trabajara ya por cuenta propia o ajena —al contrario que el esposo con una experiencia profesional regular y mantenida como catedrático de universidad—. Por tanto, bajo unas condiciones y expectativas patrimoniales y económicas que, por ser conocidas, no es que hayan variado sustancialmente, es que no han sufrido modificación significativa como para abrigar una alteración sobrevista de las circunstancias y ajena a la voluntad particular y común de las partes que permita servir de detonante a una declaración de ineficacia del acuerdo prematrimonial.

¹⁷ ROCA TRÍAS, E. (2006). “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”. En: J.M. Abril Campoy y M.E. Amat Llari (coords.), *Homenaje al Profesor Puig Ferriol, vol. II*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 2113-2114 señala que la expresión de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones familiares necesariamente se acompaña de la reflexión acerca de los límites que cabe imponer a la misma. Y, al respecto manifiesta que en el Derecho de Familia existen dos tipos de relaciones: las relaciones horizontales que implican a los cónyuges, en las que domina el principio de igualdad y autonomía de la voluntad; y, las relaciones verticales que se establecen entre progenitores e hijos, y está integrada su regulación por normas absolutamente imperativas, al estar configuradas en interés de los menores, que son dignos de una especial protección”. Para RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M^a. (2018). “Los pactos de pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 38, II, pp. 102-103 sintetiza dos causas de aparición de este tipo de pactos en previsión de crisis en el ordenamiento jurídico español “por una parte, se ha producido un proceso de democratización de las relaciones familiares, de modo que, el principio constitucional de igualdad ha impregnado de igualitarismo dichas relaciones, sobre todo las conyugales. Junto a tal democratización se halla la cada vez más creciente tendencia hacia la privatización del matrimonio y la ampliación de la autonomía de la voluntad en la configuración de las relaciones, en particular económicas, entre los esposos; la segunda causa que ha contribuido a la aparición de los actos de pre-ruptura ha sido el debilitamiento objetivo del matrimonio”.

En todo caso, se debería negar eficacia a aquellos pactos prematrimoniales de los que se derive un perjuicio grave para uno de los esposos. Así señala acertadamente, EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo, T. III*, Madrid: Thomson Civitas, p. 4562 “lo mismo que sucede en otros ámbitos del Derecho como los contratos de consumo o el derecho laboral, en los que la jurisprudencia, la doctrina y la legislación sostienen desde hace tiempo que la materialización de la autonomía de la voluntad exige la protección de la parte débil de la relación, igual debe predicarse también de los pactos vinculados al matrimonio”.

¹⁸ Para AGUILAR RUIZ, L., y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, enero-marzo, pp. 25-26 la moral “ha de ser entendida como el conjunto de convicciones de ética social imperantes en nuestra comunidad”, así como el “orden público”, concepto de difícil significación que, “sin embargo debe entenderse, en este ámbito concreto, a aquellos principios fundamentales o rectores de nuestro ordenamiento jurídico-familiar”. Y añaden “la doble referencia del artículo 1255 del Código Civil al límite de “la moral y el orden público” —al que debe equipararse aquí la mención a las “buenas costumbres” del artículo 1328 del Código Civil—, se ha considerado un arcaísmo en un sistema matrimonial que concede absoluta prioridad a la autonomía de los cónyuges en la regulación de sus intereses estrictamente económicos o patrimoniales, no así en los que afecten a cuestiones familiares de otra índole, tales como guarda y custodia de hijos, atribución del domicilio familiar o alimentos entre cónyuges, en las que ciertos valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico-privado siguen proyectándose de forma clara a través de conceptos jurídicos indeterminados tales como el denominado “orden público familiar” o “el interés de la familia””. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2^a, de 30 de julio de 2018 (JUR 2018,31074); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1^a, de 27 de abril de 2020 (JUR 2020,159114).

¹⁹ Roj. STS 4175/2015; ECLI:ES:TS:2015:4175.

²⁰ RJ 2015,2548; RJ 2015,4580.

²¹ En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2018 (RJ 2018,4748); de 21 de febrero 2022 (RJ 2022,1043); y, de 6 de junio de 2023 (JUR 2023,246412); las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4^a, de 30 de mayo de 2019 (JUR 2019,222566); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1^a, de 30 de octubre de 2019 (JUR 2020,70531); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6^a, de 18 de marzo de 2020 (JUR 2021,56236); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5^a, de 12 de junio de 2020 (JUR 2020,280322); de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1^a, de 7 de julio de 2020 (JUR 2020,255728); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1^a, de 11 de septiembre de 2020 (JUR 2020,351975); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2^a, de 21 de septiembre de 2020 (JUR 2020,335185); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9^a, de 9 de febrero de 2021 (JUR 2023,287038); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9^a, de 29 de marzo de 2021 (JUR 2021,19504); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12^a, de 31 de mayo de 2021 (JUR 2021,267086); de la Audiencia Provincial de Almería, sección 1^a, de 14 de julio de 2021 (JUR 2023,36081) se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas; de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1^a, de 10 de febrero de 2022 (JUR 2022,164708); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5^a, de 24 de mayo de 2022 (JUR 2022,30022); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2^a, de 4 de octubre de 2022 (JUR 2023,129439); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 6^a, de 27 de febrero de 2023 (JUR 2023,240213); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1^a, de 1 de junio de 2023 (JUR 2023,281629).

²² RJ 2022,2830.

²³ RJ 2011,3711.

²⁴ RJ 2013,927.

²⁵ RJ 2016,4580.

²⁶ RJ 2018,1689.

²⁷ RJ 2002,1619.

²⁸ RJ 2018,4748.

²⁹ RJ 2022,1043.

³⁰ JUR 2019,72990.

³¹ JUR 2019,121433. También vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4^a, de 30 de mayo de 2019 (JUR 2019,222566); de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2^a, de 10 de julio de 2019 (JUR 2019,226262); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1^a, de 30 de octubre de 2019 (JUR 2020,70531); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1^a, de 19 de febrero de 2020 (JUR 2020,111684).

³² RJ 1997,3251.

³³ AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C. (2009). “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, *Autonomía privada y negocios jurídicos de familia*, Madrid: Dykinson, p. 126.

³⁴ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, *op. cit.*, p. 23.

³⁵ RJ 2022,3202.

³⁶ RJ 1985,210.

³⁷ RJ 1997,3251.

³⁸ RJ 1998,110.

³⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12^a, de 20 de julio de 2023 (Roj. SAP B 8231/2023; ECLI:ES:APB:2023:8291) señala, al respecto, que “una vez se constata que los pactos responden exactamente a la voluntad común de los cónyuges y que no son contrarios al orden público, tal como señala el artículo 233-8 del Código Civil catalán, procede su aplicación”.

⁴⁰ ROCA TRIAS E. (2006). “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, *op. cit.*, p. 2110.

⁴¹ MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”. En: T. Echevarría de Rada (dir.), M. R. Martín Briceño y D. Guinea Fernández (coords.), *Cuestiones actuales de derecho de familia*, Madrid: La Ley, p. 299.

⁴² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 4^a, de 4 de diciembre de 2020 (JUR 2021,67231).

⁴³ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015 (Roj. STS 2828/2015; ECLI: ES:TS:2015:2828) 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 necesidad la asistencia a instituciones públicas o privadas. Asimismo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018,2358) Dª Gloria conoce lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa y por la posibilidad de obtener explicaciones del notario. Además de los elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales no se sometió a Dª Gloria a una situación de previsible precariedad. Asimismo, de lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dª Gloria, por el hecho de firmar los pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento a la esposa a predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en la 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 puede 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 (artículos 14, 17 y 19 de la Constitución). En fin, se declara que la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que permite un marco económico fluido, por lo que no consta alteración del orden público.

⁴⁴ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (1991). "Comentario al artículo 66 del Código Civil", *Comentario al Código Civil, T. II*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, p. 317. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10^a, de 6 de abril de 2017 (JUR 2017,156804) no estima la Sala conculcación del derecho de igualdad de ambos cónyuges, pues, como se desprende de los autos, ambos, por edad, profesión y experiencia anterior, eran plenamente conscientes del acuerdo al que habían llegado de tipo económico entre los dos, ante notario, afectando solo y exclusivamente a los mismos en el orden económico. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5^a, de 1 de octubre de 2021 (JUR 2022,65230) no consta que los pactos hayan sido gravemente perjudiciales para el recurrente y no se infiere la situación de abuso dominante, ni que se haya asumido al otro en una clara situación de precariedad.

⁴⁵ AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 33, pp. 429-430; REBOLLEDO VARELA, A. L. (2008). "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial", *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p.742; GARCIA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales*, op. cit., p. 206; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M^a. (2018). "Los pactos de pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad", op. cit., p. 123 habla de "cierta reciprocidad", no desde luego, de una absoluta reciprocidad.

⁴⁶ PÉREZ HEREZA, J. (2009). "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 48, Madrid: Edersa, p. 589.

⁴⁷ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales*, op. cit., p. 212.

⁴⁸ HIJAS CID, E. (2019). "Pactos prematrimoniales", *LA LEY Derecho de Familia*, número 24, octubre, p. 7.

⁴⁹ GARCÍA RUBIO, M.^aP. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, T. LVI, Fascículo IV, octubre-diciembre, p. 1668.

⁵⁰ MORENO VELASCO V. (2013). *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Navarra: Civitas, p. 50.

⁵¹ PAZ ARÉS RODRÍGUEZ, I. (2013). "Previsiones capitulares", op. cit., pp. 102 y 116.

⁵² GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)", *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 81, julio, p. 11. Asimismo, AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", op. cit., p. 107, los define como "los celebrados por los futuros contrayentes, antes de la celebración de su matrimonio, para regular aspectos jurídicos de su convivencia o las consecuencias de su eventual divorcio.

⁵³ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimoniales*, op. cit., p. 17.

Por su parte, MUÑOZ NAVARRO, J.A. (2020). "Los pactos prematrimoniales o en previsión de ruptura matrimonial", *LA LEY Derecho de Familia*, número 25, enero, p. 2 configura los pactos prematrimoniales como "las decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de celebrado el matrimonio dirigidas a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial".

Para ORTIZ VIDAL, M.^aD., (2018). "Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado", *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, número 52, p. 50 los pactos prematrimoniales constituyen "un negocio jurídico en virtud del cual los futuros cónyuges regulan convencionalmente, con anterioridad a haber contraído matrimonio aspectos relativos a sus relaciones personales durante el matrimonio y a través del cual, pue-

den incluso prever las consecuencias de una eventual ruptura en caso de separación, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio”.

En fin, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 21 los conceptúa “como aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales quienes tienen planeado contraer matrimonio, o se hallan en una situación de ordinaria convivencia matrimonial, prevén de manera total o parcial las consecuencias que pudieran derivarse de la posible ruptura de su matrimonio, bien sea por separación o bien por divorcio”.

⁵⁴ DIEZ PICAZO, L. (1962). “El negocio jurídico de Derecho de Familia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 1, p. 778 señala que “hay negocio jurídico cuando hay un acto de autonomía privada enderezado a construir, al modificar o extinguir o determinar el contenido de una relación jurídica. No hay negocio jurídico cuando el impacto que recibe la relación es obra de un acto de ejercicio de un poder o de cumplimiento de un deber. El síntoma esencial a que debe atenderse para determinar si un acto es o no un negocio jurídico no es la derivación *ex voluntate* de sus efectos, sino la intervención en que él haya tenido la autonomía privada”. En consecuencia, el autor define el negocio jurídico familiar como “aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción i reglamentación de una relación jurídica familiar”.

⁵⁵ En esta línea, GARCÍA RUBIO, M.^aP. (2003). “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *op. cit.*, p. 1655; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁶ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁷ RJ 1998,9649.

⁵⁸ RJ 2011,3137.

⁵⁹ En esta línea, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6^a, de 27 de octubre de 2021 (JUR 2022,46233).

⁶⁰ RJ 2002,1619.

⁶¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1^a, de 10 de febrero de 2022 (JUR 2022,164708) en esta línea señala que “el establecimiento de estos pactos está claramente autorizado por el principio de autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico privado reflejado en el artículo 1255 del Código Civil, adquiriendo estos pactos eficacia inter partes conforme a lo dispuesto en el artículo 1258 del mismo Código; lo que es predictable a veces de determinadas estipulaciones contenidas en la propuesta de convenio regulador aunque después no sean judicialmente aprobados o que complementan el convenio, la validez de los contratos celebrados entre cónyuges, aplicable igualmente en el caso de las personas unidas por una relación *more uxorio*, ante la previsión de posibles rupturas”. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18^a, de 20 de julio de 2023 (RoJ. SAP B 8289/2023; ECLI:ES:APB:2023:8289) manifiesta que “estos acuerdos alcanzados por ambos cónyuges en los convenios matrimoniales en la medida en que se hayan referidos a cuestiones de libre disposición (entre los que se encuentra las de contenido económico) son auténticos negocios de familia que tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 del Código Civil) además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad sustantiam* para determinados actos de disposición”.

⁶² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2^a, de 10 de julio de 2019 (JUR 2019,226262); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1^a, de 19 de febrero de 2020 (JUR 2020,111684) son auténticos negocios jurídicos de derecho de familia, tienen carácter contractual; por lo que, para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 del Código Civil) además del cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley; de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2^a, de 21 de junio de 2022 (JUR 2022,310653) los pactos, que celebren los cónyuges, regulando sus relaciones personales y patrimoniales, son perfectamente válidos y exigibles,

siempre que concurra los requisitos de toda clase de contratos, es decir, consentimiento, objeto y causa (artículo 1261 del Código Civil) se respeten las exigencia de forma *ad solemnitatem* requeridas para determinados actos jurídicos y siempre que los acuerdos adoptados no sobrepasen los límites que a la libre autonomía de la voluntad de las partes impone el artículo 1255 del Código Civil que, exige no sean contrarias a la ley imperativa, a la moral y al orden público; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4^a, de 30 de marzo de 2023 (JUR 2023,253846) se trata de un pacto prematrimonial suscrito al amparo del principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes (artículo 1255 del Código Civil) y además bajo la iniciativa y el control del propio recurrente abogado en ejercicio. Es un documento que contiene en sus cláusulas una completa y detallada regulación en caso de divorcio de los aspectos personales y cuestiones económicas y laborales de los cónyuges, con referencias concretas además a la regulación del modelo de custodia, pensión de alimentos, derecho de visitas e, igualmente, a la modificación del régimen de separación de bienes, su duración y posterior cambio a régimen ganancial.

⁶³ Roj STS 358/2022; ECLI:ES:TS:2022:358.

Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24^a, de 30 de noviembre de 2023 (Roj. SAP M 18818/2023; ECLI:ES:APM:2023:18818).

⁶⁴ MORALEJO IMBERNÓN, N (2013). "Comentario al artículo 1325 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir), *Comentario al Código Civil, T. VII*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 9373-9374.

⁶⁵ DIEZ PICAZO, L. (1962). "El negocio jurídico de Derecho de Familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 212, 6 (junio), p. 775.

⁶⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008). *Derecho Civil de España, vol. III El negocio jurídico*, Madrid: Civitas, p. 194.

⁶⁷ JUR 2023,13490.

⁶⁸ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2012 (RJ 2012,6853); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1^a, de 24 de noviembre de 2022 (JUR 2023,13490).

⁶⁹ LÓPEZ BURNIOL, J.J. (1989). *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Navarra: Universidad de Navarra, pp. 50-51.

⁷⁰ RJ 1997,3251. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5^a, de 17 de febrero de 2021 (JUR 2021,130068).

⁷¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 2023 (Roj. STS 2539/2023; ECLI:ES:TS:2023:2539) carácter vinculante del convenio suscrito y no homologado. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1^a, de 15 de enero de 2019 (JUR 2019,47391); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12^a, de 4 de marzo de 2019 (JUR 2019,119108); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6^a, de 4 de marzo de 2019 (JUR 2019,121347).

⁷² RJ 1987,4553.

⁷³ RJ 1993,365.

⁷⁴ RJ 1998,9649.

⁷⁵ En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4^a, de 14 de diciembre de 2018 (JUR 2019,63020); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 2^a, de 20 de julio de 2021 (JUR 2021,316823) alude a la validez del convenio regulador no ratificado por los cónyuges, debe ser considerado como un negocio de derecho de familia. La falta de ratificación y por ende, de homologación le impide forma parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal como negocio jurídico.

⁷⁶ RJ 2011,3137.

⁷⁷ RJ 2012,1248.

⁷⁸ RJ 2012,5911. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18^a, de 7 de marzo de 2022 (AC 2022,1509) define el convenio como negocio jurídico de Derecho de familia con plena y total virtualidad al ser expresión del principio de autonomía de la voluntad, en el que se regula la pensión compensatoria, el derecho de uso sobre

las viviendas y un pacto de indivisión que se deja sin efecto por acuerdo de las partes; y, de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1^a, de 7 de julio de 2020 (JUR 2020,255728).

⁷⁹ RJ 2022,1043.

⁸⁰ Para ORTIZ VIDAL, M.^aD., (2018). “Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado”, *op. cit.*, p. 59 el convenio regulador y los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura son instituciones jurídicas distintas, a pesar de que cumplan una función similar. “De un lado, el convenio regulador se formaliza en el momento en el que surge la crisis matrimonial, mientras que, el pacto prematrimonial en previsión de ruptura lo hace desde la fecha en la que se otorga, que siempre será antes de contraer matrimonio. De otro lado, el convenio regulador exige ser aprobado judicialmente para poder surtir efectos, mientras que los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura no requieren de dicha aprobación judicial”.

⁸¹ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, *op. cit.*, p. 34.

⁸² En este sentido, GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, *op. cit.*, p. 36. Asimismo, la resolución de la DGRN de 19 de junio de 2003 “las capitulaciones pueden contener “cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio (artículo 1325) como disposiciones que por vía de donación o de cualquier otro acto uno de los esposos hace a favor del otro, o las que les hace un tercero como los ascendientes (donaciones, mejora, promesas de mejorar o no mejorar) que en modo alguno son objeto de publicidad en el registro Civil, sin perjuicio que algunas de ellas deban inscribirse en el Registro de la Propiedad”.

⁸³ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, *op. cit.*, p. 43. En la misma línea, MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). “Comentario al artículo 1325 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 9396.

⁸⁴ RJ 2011,3137.

⁸⁵ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997 (LA LEY 6125,1997); de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998,9649); de 15 de febrero de 2002 (LA LEY 4526,2002); y de 15 de octubre de 2018 (RJ 2018,4295) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1^a, de 11 de septiembre de 2020 (JUR 2020,351975) el contrato celebrado entre los cónyuges antes de su divorcio no ha de concebirse como modificación del convenio regulador sino como pacto legítimo entre los litigantes entonces matrimonio para reordenar la situación patrimonial ante la existencia de una crisis matrimonial existente ya entonces y que más tarde se concretó en la disolución del vínculo por divorcio.

Al respecto, señala RUBIO GIMENO, G. (2014). *Autoregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho Civil catalán)*, Madrid: Dykinson, p. 62 “su carácter contractual conlleva que sean vinculantes para las partes con independencia de si se han sometido a aprobación judicial o de si dicha aprobación se ha producido efectivamente, si bien, en ausencia de la misma, carecerán de eficacia procesal en el procedimiento consensual de ruptura. En este sentido, la fuerza vinculante del acuerdo no resulta de la aprobación judicial, sino de la propia autonomía de la voluntad que ha dado lugar al mismo (artículo 1091 del Código Civil), y ello no conlleva especialidad en el contexto del ámbito negocial familiar”

⁸⁶ RJ 1998,9649.

⁸⁷ RJ 1997,3251.

⁸⁸ RJ 2002,1619.

⁸⁹ RJ 1997,3251.

⁹⁰ RJ 1987,4553.

⁹¹ En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2018; y, de 2 de febrero de 2022.

⁹² RJ 2018,4748.

⁹³ RJ 2022,622.

⁹⁴ RJ 2022,1043.

⁹⁵ Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2^a, de 21 de junio de 2022 (JUR 2022,310653); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2^a, de 4 de octubre de 2022 (JUR 2023,129439) además de destacar el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando la sociedad demandando un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (artículo 1255 del Código Civil); indica que “se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere (...).” Concluye que, como razona la apelada el convenio parece una mera aplicación de lo previamente pactado, adaptado para que fuera provechoso a ambas partes, sin que la mención al desequilibrio suponga que los esposos pactaran o acordaran desvincularse de lo previamente establecido; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4^a, de 30 de marzo de 2023 (JUR 2023,253846); de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1^a, de 5 de abril de 2023 (JUR 2023,217066); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1^a, de 4 de mayo de 2023 (JUR 2023,282360); y de 1 de junio de 2023 (JUR 2023,281629).

⁹⁶ GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil, T. LVI, Fascículo IV*, octubre-diciembre, pp. 1657-1658.

⁹⁷ REBOLLEDO VARELA, Á. (2008). “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia, y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)”. En: J. Gómez Gállego (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, T. I*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, p. 739.

⁹⁸ El artículo 231-20 bajo el título “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial” señala que: *“1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio. 2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4. 3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia. 4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuere relevante con relación al contenido del pacto. 5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron.”*

⁹⁹ Artículo 25 bajo la rúbrica el contenido de la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales dispone que: *“En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio, o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su patrimonio”*.

¹⁰⁰ Artículo 80 señala que: *“las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de familia y ordenar: 1. Las donaciones propter nuptias. 2. Los señalamientos y entregas de dotes y dotaciones. 3. Las renuncias de derechos. 4. Las donaciones esponsalicias, las arras y las donaciones entre cónyuges. 5. Los pactos sucesorios. 6. Las*

disposiciones sobre el usufructo de fidelidad. 7. Cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio.

¹⁰¹ El artículo 195 dispone que: “*Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capítulos matrimoniales, tanto antes como después del matrimonio, así como celebrar entre sí todo tipo de contratos, sin más límites que los del principio standum est chartae*”. Y el artículo 197 establece: “*2. Si se otorgan antes del matrimonio, no producirán efectos hasta la celebración de éste, salvo que prevean un momento posterior para su eficacia. 3. En cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición, o término, incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros*”.

¹⁰² Artículo 172 dispone que: “*Los cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad*”.

¹⁰³ Vid., un estudio detallado sobre tal *Uniform Premarital Agreement Acts* realizado CERVILLA GARZÓN, M.^aD. (2017). “*Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos: The Uniform premarital and marital agreement Act (2012)*”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, número 2, abril-junio, pp. 12-20.

¹⁰⁴ CERVILLA GARZÓN, M.^aD. (2017). “*Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos: The Uniform premarital and marital agreement Act (2012)*”, *op. cit.*, pp. 43 a 47.

¹⁰⁵ GASPAR LERA, S. (2012). “*Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés*”, *Indret julio*, pp. 7-8 sostiene en orden a una mayor concreción de esta afirmación lo siguiente: “En primer lugar, que la libertad de consentimiento de los otorgantes debe garantizarse no sólo aplicando las reglas generales de los contratos sobre vicios del consentimiento, sino exigiendo el cumplimiento de ciertos requisitos específicos. (...) Sobre esta bases y por lo que se refiere al caso enjuiciado (...) ninguna objeción cabe oponer a la libre determinación de las partes, pues, dispusieron de tiempo, información y asesoramiento suficientes para comprender el alcance de lo que firmaban; en segundo lugar, en cuanto al contenido de los acuerdos prematrimoniales se manifiesta en la sentencia que la autonomía de la voluntad de las partes tendrá como límite el interés de los hijos y las necesidades de los cónyuges; de modo que, no cabría admitir una pacto de renuncia anticipada a estas atenciones; (...) en tercer lugar, se pone de relieve que los acuerdos en previsión de ruptura válidamente celebrados carecerán de eficacia, si en el momento en que se pretende su cumplimiento son injustos para los hijos menores o para uno de los cónyuges por haberse producido un cambio imprevisto de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo de su celebración (...”).

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura cónyugal*, *op. cit.*, pp. 118-119.

¹⁰⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Constitucional, Pleno, de 14 de diciembre de 1992 (RTC 1992,222); de 18 de enero de 1993; de 15 de febrero de 2001 (RTC 2001,47); de 12 de septiembre de 2005 (Pleno) (RTC 2005,611); de 13 de abril de 2013 (RTC 2013,93); de 15 enero 2018 (Pleno) (RTC 2018,17); de 25 enero de 2021 (RTC 2021,1); y, de 21 de marzo de 2022 (RTC 2022,40). En concreto, se ha reiterado la doctrina que debe excluiré la aplicación analógica de la pensión compensatoria a los supuestos de ruptura de la convivencia en parejas de hecho, bien reiterando la doctrina para casos de pensión compensatoria, bien al solucionar otros problemas jurídicos planteados con ocasión del cese de la convivencia de parejas (sentencias 927/2005, de 5 de diciembre; 299/2008, de 8 de mayo; 1040/2008, de 30 de octubre; 1155/2008, de 11 de diciembre; 416/2011, de 16 de julio; 130/2014, de 6 de marzo; y 713/215, de 16 de diciembre). También se ha pronunciado la Sala sobre la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en la liquidación de relaciones patrimoniales entre los miembros de una pareja no matrimonial; bien para apreciar su existencia cuando concurren sus presupuestos (sentencia 306/2011, de 6 de mayo), bien para negarla cuando existe normativa específica que regula el supuesto concreto (sentencia 927/2005, de 5 de diciembre). Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 1995

(RJ 1995,1962); de 27 de mayo de 1998 (RJ 1998,3382); de 22 de enero de 2001 (RJ 2001,678); y de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005,7148),

Asimismo, vid., LACRUZ BERDEJO, J.L. (1990). "Convivencia mora uxorio. Estipulaciones y presunciones", *Centenario al Código Civil (1889-1989)*, vol. I, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 1061-1063; ANGUITA DE LOS RÍOS, R.M. (2011). "El hogar familiar tras la ruptura de la convivencia en pareja", *Derecho y Familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, T. I, Almería: Universidad de Almería, pp. 89-91; CERDEIRA BRAVO DE MANSILA, G. y GARCÍA MAYO, M. (2017). "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura", *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, pp. 239-241.

¹⁰⁸ Vid., GARCÍA RUBIO, M.^aP. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.*, p. 1656.

¹⁰⁹ RJ 2006,417.

¹¹⁰ RJ 2005,10185.

¹¹¹ RJ 2018,76.

¹¹² En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6^a, de 4 de marzo de 2019 (JUR 2019,121347).

¹¹³ RJ 2013,2908.

¹¹⁴ RJ 2021,3684.

¹¹⁵ Vid., GARCÍA MAYO, M. (2021). "Pactos prematrimoniales y compensación". En: J. R. De Verda y Beamonte (dir.), *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico interdisciplinar*, Valencia: tirant lo blanch, p. 135; del mismo autor (2020). "Los pactos prematrimoniales como mecanismo de justicia preventiva en tiempos de pandemia". En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Coronavirus y derecho en estado de alarma*, Madrid: Reus, pp. 395-396; BARRIO GALLARDO, A. (2016). "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español", *op. cit.*, p. 81; MÉNDEZ TOJO, R. (2018). "Validez de los pactos prematrimoniales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales", *Actualidad Civil*, número 4, abril, p. 2.

En relación con la renuncia a la pensión compensatoria en un convenio regulador, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 2003 (RJ 2003,1523) alega la esposa que firmó el convenio bajo la presión de haber sufrido grave intimidación por parte de su marido. sin embargo, la Sala entiende que tales intimidaciones y violencias alegadas por la esposa no han quedado acreditadas, ni tan siquiera de manera indicaria. Es, por ello, que considera el Alto Tribunal que la cláusula pactada sigue desplegando todos sus efectos liberatorios "al tratarse de un pacto lícito, enmarcado en la libre voluntad de los otorgantes y los vincula conforme a los artículos 1254, 1255 y 1258 del Código Civil". Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015 (RJ 2015,2657) respecto de un pacto prematrimonial ante notario se descartó en la Audiencia Provincial la existencia de vicios en el consentimiento, y lo ratificó el Alto Tribunal, apoyándose en la forma de operar por parte del esposo, pues, después de acordar el pacto comparece, de nuevo, ante notario para realizar una aclaración respecto a la actualización de la cantidad fijada como pensión a pagar su esposa, y, además el acuerdo se cumplió durante un tiempo.

Tampoco, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4^a, de 14 de diciembre de 2018 (JUR 2019,63020) la demandante ha probado la concurrencia de vicio del consentimiento cuando procedió a la firma del convenio. Se indica que, los términos en los que está redactada la estipulación referente a la pensión compensatoria no presenta dificultad de comprensión y que la renuncia a su reclamación está relacionada con la asunción por parte del marido de la obligación de hacerse cargo de los alimentos de la hija mayor de edad, que se afirma carece de ingresos, sin exigir a la madre el pago de una pensión como contribución a los alimentos de la hija; tampoco en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2^a, de 29 de noviembre de 2021 (JUR 2022,60113) las coacciones no han quedado probadas; ni se prueba la existencia de vicios del consentimiento en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19^a, de 11 de febrero de 2022 (JUR 2022,141325).

Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3^a, de 21 de octubre de 2019 (JUR 2020,338831) se indica que, el convenio fue redactado por la letrada de la parte demandante, sin asesoramiento legal, con la que tenía intereses contrapuestos, y, por tanto, se puede afirmar la existencia de vicios del consentimiento.

¹¹⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1^a, de 31 de marzo de 2016 (RJ 2016,3642) señala que, el cumplimiento del deber de información que regula el citado artículo 231-20.4 del Código Civil de Cataluña no constituye, propiamente, un requisito formal de la invalidez, sin perjuicio de los efectos que su incumplimiento pudiera tener sobre la correcta formación del consentimiento necesario, este sí, para su validez. En cambio, la carga de probar dicho cumplimiento, o, alternativamente, que el otorgante frente al que se invoca el pacto disponía por cualquier otro medio de dicho información al tiempo de su otorgamiento, sí constituye un presupuesto de su eficacia vinculante (artículo 233-5.1 del Código Civil catalán), con independencia que el notario autorizante hubiere cumplido adecuadamente su deber de asesoramiento (artículo 231-20-2 del Código Civil catalán). Por lo demás, la información que se trata ha de ser sustancialmente fiel a la realidad económica que pretende transmitir, lo que podrá hacerse por cualquier medio de comunicación, no necesariamente documental y aunque no responda a estándares contables, siempre que será con el detalle y la precisión suficientes como para que los otorgantes puedan formarse recíprocamente un cabal conocimiento sobre la composición de sus respectivos patrimonios al tiempo del otorgamiento de los pactos, sobre la fuente de sus ingresos o rentas de cualquier procedencia vigente entonces y sobre sus correspondientes expectativas económicas que sean razonablemente previsibles en ese momento, con sus valores aproximados respectivos, a fin que —por lo que se refiere en concreto al pacto previsto en el artículo 233-16.1 del Código Civil catalán sobre la pensión compensatoria, que es del que se trata aquí— aquellos puedan valorar fundadamente si las obligaciones que asumen o las renuncias que aceptan en previsión de la ruptura de la convivencia se adecuan o no a los específicos y respectivos planteamientos o intenciones negociales que inspiren su consentimiento a los pactos. Precisamente por ello, la relevancia de la información que habla el artículo 231-20.4 del Código Civil catalán habrá de medirse no solo en relación con el contenido del pacto, sino también en atención a la intención evidenciable de las partes al otorgarlo, de modo que si el eventual déficit no hubiera podido condicionar razonablemente el consentimiento del otorgante, ni su decisión de pactar, deberá considerarse intrascendente. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18^a, de 7 de marzo de 2022 (AC 2022,1509) hubo asesoramiento independiente y la asistencia letrada de los abogados que intervinieron.

¹¹⁷ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, *op. cit.*, p. 83.

¹¹⁸ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018,2358) se trata de un pacto prematrimonial realizado ante notario seis años antes de las nupcias y en el que se renuncia a la pensión compensatoria.

¹¹⁹ BARBA, V. (2021). “Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán”, *Anuario de Derecho Civil*, número 1, p. 57.

¹²⁰ CARRASCO PERERA, Á. (2013). “Comentario al artículo 6 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 148-149.

¹²¹ Vid., GARCÍA MAYO, M. (2021). “Pactos prematrimoniales y compensación”, *op. cit.*, p. 130.

¹²² La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2006 (RJ 2006,622) afirma que “La autonomía privada de los cónyuges permite pactar lo que crean más conveniente para sus intereses y para ello pueden utilizar los documentos privados, siempre que las Leyes no exijan, para la validez del acto que estén realizando, el otorgamiento de escritura pública”.

¹²³ Roj. STS 6729/2012; ECLI: ES:TS:2012:6729. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2020 (RJ 2020,485).

¹²⁴ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, *op. cit.*, p. 120.

¹²⁵ PÉREZ HEREZA, J. (2009). “La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales”, *op. cit.*, p. 588; AGUILAR RUIZ, I. (2014). “Pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja”. En: L. Aguilar Ruiz, J.L. Arjona Guajardo-Fajardo y G. Cerdeira Bravo de Mansilla (coords.), *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 27; HIJAS CID, E. (2019). “Pactos prematrimoniales”, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁶ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán”, *op. cit.*, p. 363; por su parte, PUIG FERRIOL, L. (2004). “Matrimonio-unió estable de pareja: aspectes prolemàtics, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, p. 665, apunta que, en capitulaciones matrimoniales pueden incluirse cuestiones patrimoniales, porque los efectos personales del matrimonio se regulan imperativamente por ley.

¹²⁷ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). “Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)”, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 82, septiembre 2008, p. 3; GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *op. cit.*, p. 1669; SERRANO DE NICOLÁS Á. (2011). “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, *op. cit.*, p. 337; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”. En: C. Guiarte Martín Calero (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, coordinadora, Valladolid: Lex Nova, p. 108; HIJAS CID, E. (2019). “Pactos prematrimoniales”, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁸ MEDINA ALCOZ M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, *op. cit.*, p. 327.

¹²⁹ SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2011). “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, *op. cit.*, pp. 337-338.

¹³⁰ GASPAR LERA, S. (2011). “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, p. 1054.

¹³¹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *op. cit.*, p. 1670; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán”, *op. cit.*, p. 362 nos recuerda la línea doctrinal y jurisprudencial existente favorable a la indemnización por los daños morales en las crisis matrimoniales. Asimismo, precisa que, “en principio, parece que se trataría de un daño extracontractual, pero si se formaliza un acuerdo en previsión de ruptura que prevea una indemnización cuando la crisis venga motivada por el incumplimiento de algún deber conyugal, o de uno en concreto, como el deber de fidelidad, la cuestión se trasladaría al terreno de la responsabilidad contractual y se disiparían las dudas sobre la procedencia o no de una indemnización por daños morales, en la medida que su reconocimiento derivaría directamente de la autonomía de la voluntad, manifestada a través del pacto”.

En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1^a, de 31 de marzo de 2011 (LA LEY 29142,2011) declara la validez de un pacto en que se entrega a la esposa desde el momento en que se produzca la separación, la cantidad equivalente a 200.000 pesetas mensuales, más el importe de su actualización. Esta renta mensual con cargo al marido es independiente de si concurren o no los requisitos para la pensión compensatoria; y, de 20 abril de 2012 (LA LEY 56725,2012), en el que se declaró, asimismo, válido un pacto incluido en un convenio regulador, en virtud del cual, “por el notorio desequilibrio económico” producido por la separación, el marido debería abonar a su mujer la cantidad mensual de 250.000 ptas. Se consideró válido el acuerdo al amparo de la autonomía de la voluntad y, además, porque en dicho pacto “no se contemplaba el desequilibrio, sino que se acordaba el pago de una cantidad abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa”.

¹³² PEREZ HEREZA, J. (2008). "La autonomía de la voluntad en la crisis matrimonial", *op. cit.*, pp. 589-590.

¹³³ PAZ ARÉS RODRÍGUEZ, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.*, p. 32; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008) "Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)", *op. cit.*, pp. 4-5; REBOLLED VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.*, p. 748; GARCÍA RUBIO, M^a. P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.*, p. 1669; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2014). "Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales". En: L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, T. I*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 1872 habla de una limitación al libre desarrollo de la personalidad del que insta el divorcio. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2^a, de 17 de febrero de 2003 (LA LEY 3308,2003), declaró nula la cláusula recogida en la escritura pública de capitulaciones, según la cual "en caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D....asume la obligación de indemnizar a D^a... 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". Señala la sentencia al respecto que: "nos encontramos ante un exponente manifiesto del uso de la libertad de pactos para regir la vida económica del matrimonio, conforme el artículo 1255 del Código Civil en relación con los artículos 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 tienen sus límites legales"; si bien, precisa que "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 artículo 1328 del Código 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, reconociendo implícitamente en el artículo 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 aquélla y que sería contraria al artículo 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 lesionan los derechos fundamentales de los cónyuges".

¹³⁴ MEDINA ALCOZ, M., (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.*, p. 306.

¹³⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). "Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad", *op. cit.*, p. 114.

¹³⁶ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, *op. cit.*, p. 340.

¹³⁷ En esta línea, HIJAS CID, E. (2019). "Pactos prematrimoniales", *op. cit.*, p. 8 si bien añade que "lo que debe rechazarse de plano es la validez de acuerdos que efectivamente al-

teren el sistema de divorcio establecido por el legislador, por ejemplo, introduciendo causas que permitan a los consortes pedir la separación o el divorcio, pues, tales pactos chocan frontalmente con la reserva de ley en materia de matrimonio”¹³⁸

¹³⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5^a, de 26 de julio de 2013 (LA LEY 159256,2013) se fija un pacto prematrimonial en que los esposos acuerdan la fijación de una renta vitalicia a favor de la esposa en caso de ruptura.

¹³⁹ RJ 2018,4748.

¹⁴⁰ En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12^a, de 31 de mayo de 2021 (JUR 2021,1267086).

¹⁴¹ RJ 2012,6115. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18^a, de 12 y 19 de julio de 2023 (Roj. SAP B 7251/2023; ECLI:ES:APB:2023:7251; Roj. SAP B 8291/2023; ECLI:ES:APB:2023:8291).

¹⁴² RJ 2010,417.

¹⁴³ RJ 2012,573.

¹⁴⁴ RJ 2012,422.

¹⁴⁵ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5143) no procede la pensión por desequilibrio, pues, la esposa solicitante de la pensión continuó desarrollando con normalidad su actividad laboral en el sector óptico después del matrimonio. Los ingresos muy superiores del marido proceden de la farmacia que le pertenecía desde antes del matrimonio. La diferencia de patrimonio y de ingresos entre los cónyuges no guarda relación alguna con la pérdida de oportunidades de la esposa como consecuencia de su dedicación a la familia o a la colaboración en actividades económicas del esposo. El matrimonio no le impidió trabajar ni la diferencia salarial es una consecuencia directa del matrimonio, sino de sus propias actitudes y capacidades. Además la guarda y custodia de las hijas se atribuyó al padre, quien asume prácticamente todos los gastos; tampoco en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1^a, de 12 de mayo de 2021 (RJ 2021,4250) hay ausencia de desequilibrio económico por lo que no se cumple el requisito del artículo 83.1 del Código Foral aragonés que la esposa haya sufrido un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia por la ruptura de la misma, pues, tal desequilibrio en relación con la posición del otro no trae causa del matrimonio. La esposa partía de una situación de desigualdad desde antes del matrimonio, debido a su enfermedad incapacitante, que le impedía trabajar. No fue el matrimonio lo que motivó esta situación, ni su dedicación al cuidado de la familia la que impidió su desarrollo en este ámbito. No consta que el esposo se viera especialmente favorecido en su carrera como funcionario porque su esposa se dedicara a la familia. El desequilibrio debe traer causa del matrimonio, de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas del cónyuge más desfavorecido por la ruptura a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia. Y, asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4^a, de 21 de julio de 2021 (JUR 2021,339125) no hay desequilibrio económico, partiendo de las adjudicaciones realizadas a la mujer, pues se atribuyen a la esposa la vivienda y el coche con obligación del marido de ocuparse de los préstamos correspondientes.

¹⁴⁶ RJ 2018,15961.

¹⁴⁷ RJ 2011,5666.

¹⁴⁸ RJ 2014,2122. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2021). “Presupuestos de la compensación (La noción de desequilibrio económico)”. En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico interdisciplinar*, Valencia: tirant lo blanch, p. 27 precisa que “si ambos cónyuges resultan estar en una posición parecida no hay desequilibrio compensable, incluso, aunque quien reclama la prestación, haya visto empeorada su situación después de la separación o del divorcio”.

¹⁴⁹ RJ 2020,450.

¹⁵⁰ RJ 2019,447.

¹⁵¹ RJ 2022,2220.

¹⁵² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022,2159).

¹⁵³ RJ 2009,1637.

¹⁵⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2^a, de 23 de diciembre de 2016 (JUR 2017,15363)

¹⁵⁵ RJ 2020,450; RJ 2020,450.

¹⁵⁶ RJ 2020,2502.

¹⁵⁷ RJ 2021,5195.

¹⁵⁸ RJ 2022,1043.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2023 (Roj. STS 4414/2023; ECLI:ES:TS:2023:4414) que añade que “la pensión compensatoria entre de lleno en el marco de las facultades dispositivas que corresponden a los cónyuges, los cuales cuentas con la capacidad vinculante de configurarla de la forma que estime oportuna. Son, por tanto, perfectamente válidos los pactos relativos a su renuncia, cuantía, límites temporales, capitalización”.

¹⁵⁹ En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1^a, de 7 de junio de 2021 (JUR 2021,323521) la pensión compensatoria se trata de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de justicia rogada y del principio dispositivo formal; y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1^a, de 4 de mayo de 2023 (JUR 2023,282360).

¹⁶⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18^a, de 12 de julio de 2023 (Roj. SAP B 6459/2023; ECLI:ES:APBA:2023:6459).

¹⁶¹ RJ 2016,2112.

¹⁶² RJ 2018,1478.

¹⁶³ RJ 2018,5457.

¹⁶⁴ RJ 2019,4630.

¹⁶⁵ RJ 2020,485.

¹⁶⁶ RJ 2020,1598.

¹⁶⁷ RJ 2020,2502.

¹⁶⁸ RJ 2022,1578.

¹⁶⁹ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5143) no procede la pensión por desequilibrio, pues, la esposa solicitante de la pensión continuó desarrollando con normalidad su actividad laboral en el sector óptico después del matrimonio. En todo caso, los ingresos muy superiores del marido proceden de la farmacia que le pertenecía desde antes del matrimonio. La diferencia del patrimonio y de ingresos entre los cónyuges no guarda relación alguna con la pérdida de oportunidades de la esposa como consecuencia de su dedicación a la familia o a la colaboración en la actividad económica del esposo. El matrimonio no le impidió trabajar ni la diferencia salarial es una consecuencia directa del matrimonio, sino de sus propias actitudes y capacidades. Además, la guarda y custodia de las hijas se atribuyó al padre, quien asume prácticamente todos los gastos.

¹⁷⁰ RJ 2028,1478.

¹⁷¹ RJ 2010,8023.

¹⁷² RJ 2011,2351.

¹⁷³ RJ 2011,4890.

¹⁷⁴ RJ 2012,10114.

¹⁷⁵ RJ 2020,1598.

¹⁷⁶ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2022 (RJ 2022,3202) considera procedente fijar una pensión compensatoria con un límite de cinco años a contar desde la fecha de la sentencia de la Audiencia, respetando la misma cantidad determinada por el tribunal provincial, al reputarla adecuada a las circunstancias concurrentes. Estimado dicho periodo de tiempo suficiente para la progresiva incorporación de la demandante en la vida laboral y superar de este forma el desequilibrio que le hace acreedora a su fijación. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18^a,

de 5, 6 y 19 de julio de 2023 (Roj. SAP B 7279/2023; ECLI:ES:APB:2023:7279 300 euros al mes con un límite temporal de 2 años; Roj. SAP B 7322/2023; ECLI:ES:APB:2023:7322 pensión compensatoria temporal de 600 euros al mes durante 36 meses y 950 en tres años; Roj. SAP B8290/2023; ECLI:ES:APB:2023:8290) pensión de 600 euros en 18 meses; y, de la misma Audiencia Provincial, sección 12^a, de 24 de julio de 2023 (Roj. SAP B 8232/2023; ECLI:ES:APB:2023:8232) pensión compensatoria a favor de la mujer en cinco años.

¹⁷⁷ RJ 2020,2502.

¹⁷⁸ RJ 2020,1598.

¹⁷⁹ RJ 2020,2315.

¹⁸⁰ RJ 2021,5195.

¹⁸¹ RJ 2019,4630.

¹⁸² RJ 2020,3847. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5^a, de 22 de septiembre de 2022 (JUR 2023,86331) no se ha pactado de forma expresa la limitación temporal de la pensión compensatoria y estima que no es procedente, dada la duración del matrimonio, 36 años hasta el Decreto de Divorcio, y la propia edad de la demanda que, aunque tenga su profesión de Maestra de Educación Primaria, no podrá superar en los años sucesivos, con sus propios medios, el desequilibrio económico que ya desde el 23 de junio de 2011 en la sentencia de separación se apreció y que ahora sigue persistiendo.

¹⁸³ RJ 2022,1578. También, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022 (RJ 2022,4076) falta de datos fiables aportados en el procedimiento de divorcio acerca de cómo se verá afectada la economía de la beneficiaria de la pensión tras la liquidación del régimen económico matrimonial y, por tanto, la incertidumbre sobre la superación de su desequilibrio, la razón que explica que, en ocasiones, no se hayan tenido en cuenta alegaciones genéricas sobre la futura liquidación del régimen bien para cuantificar bien para limitar temporalmente la pensión. De la misma manera, que se ha considerado irrelevante la liquidación del régimen de gananciales a efectos de apreciar una modificación de las circunstancias que permitiera modificar o extinguir la pensión cuando ya se tuvo en cuenta el patrimonio existente en el momento de fijarla junto a otros datos, como la absoluta falta de cualificación profesional de la esposa (sentencias de 17 de octubre de 2018).

¹⁸⁴ Roj. STS 3482/2022; ECLI:ES:TS:2022:3482.

¹⁸⁵ Roj. STS 869/2023; ECLI:ES:TS:2023:869.

¹⁸⁶ RJ 2013,7014.

¹⁸⁷ RJ 2015,3978.

¹⁸⁸ GARCÍA RUBIO, M.^a.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.*, p. 1662; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (2018). "Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad", *op. cit.*, p. 117; PÉREZ HEREZA, J. (2009). "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales", *op. cit.*, p. 570; QUICIOS MOLINA, S. (2016). "Pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2015", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 101, mayo-agosto*, p. 5; ALONSO MARTÍNEZ, Á. (2017). "La renuncia a la pensión compensatoria en un pacto prematrimonial: el juego de la autonomía de la voluntad". En. M.^a.Á. Parra Lucán (dir.), *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Granada: Comares, p. 163. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2012 (RJ 2012,5911); de 30 de mayo de 2022 (RJ 2022,2830); y, de 6 de junio de 2023 (JUR 2023,246412); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4^a, de 4 de diciembre de 2020 (JUR 2021,67231).

¹⁸⁹ RJ 1987,9174.

¹⁹⁰ RJ 2014,2489.

¹⁹¹ RJ 1987,9174.

¹⁹² RJ 2018,1112.

¹⁹³ RJ 2022,1043.

¹⁹⁴ RJ 2022,2830.

¹⁹⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6^a, de 4 de diciembre de 2020 (JUR 2021,35419); y, de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1^a, de 17 de mayo de 2022 (JUR 2022,287677).

¹⁹⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4^a, de 8 de junio de 2017 (JUR 2017,232895) en la que se afirma la validez de un pacto en previsión de ruptura en el que los cónyuges habían pactado el pago por parte del marido a la esposa tanto de una pensión alimenticia como de una pensión compensatoria.

¹⁹⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022,2159) donde se estima una disminución de la cuantía, pues, existe un desequilibrio económico tras el divorcio, pero no de tan elevada proporción como el valorado en la sentencia recurrida. La beneficiaria obtuvo durante el matrimonio una situación económica de privilegio, con respecto al que disfrutaba antes del mismo. Se fija una pensión compensatoria de 1.000 euros con carácter indefinido; y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 2023 (JUR 2023,246412) donde la reducción de la pensión compensatoria y su nueva configuración, dada en el convenio de 3 de febrero de 2020, entra de lleno en las facultades dispositivas de las partes, sin que se factible desligarse unilateralmente de lo pactado cuando no se da una justificación suficiente para hacerlo. Por todo ello, la Sala otorga valor jurídico a lo pactado en convenio de 3 de febrero de 2020 que no es contrario a la ley, a la moral, ni al orden público, sino expresión de la libre autonomía de la voluntad de las partes, que no cabe desconocer dado el carácter vinculante de los pactos libremente asumidos (artículo 1091 del Código Civil).

¹⁹⁸ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *op. cit.*, p. 753; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, *op. cit.*, p. 110; MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, *op. cit.*, pp. 310-311; AGUILAR RUIZ, L., y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, enero-marzo, p. 20; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán”, *op. cit.*, p. 357.

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2012 (RJ 2012,5911) que el pacto entre D^a Carolina y su marido relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que “con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo”. Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión que, se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión. De ahí que, concluya que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada de D^a. Carolina en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa; de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015,5414); y, de 30 de mayo de 2022 (RJ 2022,2830) que, partiendo de que los cónyuges pueden pactar los que consideran más convenientes sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación, dispone que, este carácter vinculante de lo pactado con respecto a la pensión compensatoria fue reconocido, además de la citada sentencia de 20 de abril de 2012 (RJ 2012,5911); en la sentencia posterior de 25 de marzo de 2014 (RJ 2014,2489); así como en la sentencia de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015,5414) en la que se estableció como doctrina jurisprudencial que “a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta

los acuerdos contenidos en el convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sean contraria a la ley, la moral y el orden público. O más recientemente, en las sentencias de 14 de marzo de 2018 (RJ 2018,1112); y de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022,1043).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022,1043) las partes determinaron convencionalmente que cuando la prestación del actor quedaba extinguida; es decir, cuando sobreviniera carencia de medios (trabajo o bienes) para hacer frente a la pensión, e, igualmente, en el caso que Dª. Ángeles contrajera un nuevo matrimonio. Este acuerdo, al que le dieron carácter vinculante, es perfectamente válido, al entrar en el marco de las facultades dispositivas de las partes, y sin que plantearan cuestión alguna relativa a que su suscripción se llevara a efecto bajo la concurrencia de un vicio en el consentimiento (artículo 1265 del Código Civil), de difícil apreciación, además, cuando los litigantes estaban debidamente asesorados por sus respectivas letradas. Es obvio que, la relación entre Dª. Ángeles y D. Alfredo, sin convivencia en el mismo domicilio sin proyección pública frente a terceros e incluso hijos de la demandada con intención firme desde el inicio de la relación, de trasladarse a Portugal, no encaja en la causa pactada de extinción de la pensión.

¹⁹⁹ CABEZUELO ARENAS, A.L. (2004). “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?, *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2004, p. 2382.

²⁰⁰ A ellos se refiere, MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, *op. cit.*, p. 312.

²⁰¹ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *op. cit.*, p. 749; PAZ ARÉS RODRÍGUEZ, I. (2008). “Previsiones capitulares”, *op. cit.*, p. 134; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, Madrid: Tecnos, p. 169; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995). *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación o divorcio*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 55-56; GARCÍA MAYO, M. (2021). “Pactos prematrimoniales y compensación”, *op. cit.*, p. 143. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018,2358); y, de 31 de enero de 2022 (RJ 2022,622); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22^a, de 27 de febrero de 2007 (LA LEY 37166,2007) disponiendo al respecto que “centrando la problemática en la renuncia anticipada, cual es el supuesto que nos ocupa, efectuada por los futuros cónyuges a través de capitulaciones matrimoniales, la duda se centra en determinar si la renuncia lo es a un derecho subjetivo o, antes bien, ante un supuesto de exclusión voluntaria a la ley aplicable, dado que el derecho a la pensión no ha llegado a nacer, al no haberse producido una crisis conyugal que da lugar a su nacimiento, o, a mayor abundamiento, no se ha celebrado el matrimonio como circunstancia que condiciona necesariamente el posterior nacimiento de dicho derecho, que se concreta al momento de la ruptura matrimonial acreditado, en su momento, el desequilibrio económico entre los esposos. Tampoco es pacífica la doctrina emanada de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, y sirva como ejemplo la sentencia de 12 de diciembre de 2000 (Audiencia Provincial de Asturias) que señala “la imposibilidad de renunciar de modo anticipado a la pensión compensatoria, en escritura pública de liquidación de la sociedad legal de gananciales, en base al argumento de que no cabe la renuncia a derechos o beneficios otorgados por las leyes, cuando éstos aún no han surgido ni se han integrado, en consecuencia, en el patrimonio del renunciante, no siendo posible, por tanto, renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, que, en el caso de la pensión compensatoria, nace en el momento de la separación, a condición de que se produzca un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación a la posición del otro, de tal manera que la renuncia a un futuro e hipotético e incierto derecho, debe ser reputada nula de pleno derecho”. Sin embargo, tal argumento puede cuestionarse en la medida que no se trata de renuncia anticipada a un derecho, sino más bien ante una renuncia a la ley, a la que se refiere el artículo 6.2 del Código Civil, al hablar de la exclusión a la ley aplicable, lo que supone excluir voluntariamente, mediante un negocio jurídico, el régimen regulador de un de-

terminado derecho, lo que implica la previa renuncia de los derechos aún no ingresados en el patrimonio de su eventual titular, por haberlo dispuesto así voluntariamente los destinatarios de la norma dispositiva que, han sustituido la regulación de una determinada institución, la pensión compensatoria en nuestro caso, por otra distinta (en el presente supuesto que se analiza ahora por la propiedad del inmueble). Así las cosas, la renuncia a la ley aplicable está sujeta a idénticos límites que la renuncia a los derechos, esto es, que no sea contraria al orden público ni perjudique a derecho de terceros, de manera que, a sensu contrario, no es válida tal renuncia cuando va contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero, por cuanto que se vulneran los límites de la autonomía de la voluntad que, el artículo 6.2 hace coincidir con los generales del artículo 1255 del texto legal antes citado. Y, concluye que “en el orden familiar, el orden público se circunscribe a la determinación de la guarda y custodia, régimen de visitas, atribución del derecho de uso de la vivienda, pensión alimenticia...etc.; no así la fijación de la pensión compensatoria, dado su carácter disponible, en suma, no se afecta el derecho de familia propiamente dicho ni el interés de la familia. Una única duda se plantea en lo que se refiere a la posibilidad de revisar tal renuncia, en el ámbito judicial, y según lo establecido en el artículo 90 del Código Civil, puesto que el apartado segundo de la letra e) del citado precepto, faculta al juez para rechazar aquellos acuerdos que resulten gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, si bien ello se construye a la necesidad de los cónyuges de someter a la aprobación judicial un convenio; en este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 2 de abril de 1987, defendió que “por lo que atañe a la pensión compensatoria hay que decir que no basta para denegarla la existencia de un pacto anterior en el que la esposa haya renunciado a la misma, sino que debe estimarse y valorarse también otros factores, porque si bien es verdad que las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen conveniente siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral, sin embargo este principio de aplicación indudable a la materia de contratos, no ha de estimarse con la misma amplitud en materia de matrimonio y filiación, en el que la libertad y autonomía de las partes se restringe con base a otros principios superiores y esto lo demuestra, entre otros, el artículo 90 apartado e) del Código Civil, que permite al juez modificar los acuerdos de los cónyuges cuando estime gravemente perjudicial para uno de ellos...”. Esta Sala no puede compartir, con tal carácter categórico, dicha tesis, por cuantas razones se han expuesto en la presente resolución, pues, por lo demás, no se acredita que haya habido perjuicio para terceros no existen hijos o terceros acreedores que, puedan verse defraudados de sus derechos”; y, de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5^a, de 1 de octubre de 2021 (JUR 2022,650230).

²⁰² GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *op. cit.*, p. 1662; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.*, p. 169.

²⁰³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995). *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación o divorcio*, *op. cit.*, p. 55.

²⁰⁴ MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, *op. cit.*, p. 313; PASTOR VITA, F.J. (2003). “La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales”, *Revista de Derecho de Familia*, abril, p. 27. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 2^a, de 20 de julio de 2021 (JUR 2021,316823).

²⁰⁵ ROCA TRIAS E. (2006). “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, *op. cit.*, p. 2137.

Por su parte, AGUILAR RUIZ, L., y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial”, *op. cit.*, p. 21, consideran la contestación a si la renuncia previa cabe o no, artificiosa, siendo conscientes de que siempre ha de someterse a verificación o control judicial.

²⁰⁶ GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *op. cit.*, p. 1668; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995). *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación o divorcio*, *op. cit.*, p. 76

señala que, la renuncia es válida si es bilateral o, si existe una interdependencia que impide considerar que limita la igualdad de derechos; para REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *op. cit.*, p. 742 la renuncia unilateral es nula, por ser contraria al principio de igualdad conyugal.

²⁰⁷ Por su parte, MARTINEZ ESCRIBANO, C. (2011). “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán”, *op. cit.*, p. 356 señala que, la exigencia de reciprocidad en el derecho catalán parece acertada. No obstante, añade que, si profundizamos en la cuestión se podría llegar a una conclusión diferente. Ciertamente puede ocurrir que, por un cambio de las circunstancias inicialmente imprevisto, quien resulte beneficiario de la prestación sea quien no renunció a ella, aunque no cabe duda de que esta posibilidad no sería la habitual. Ante tal situación en que solo uno de los miembros de la pareja renuncia al derecho, se plantea, la citada autora, la validez del acuerdo y cómo conciliarlo con el artículo 231-20.3. al respecto establece que “podría entenderse que el acuerdo es nulo, o bien extender la renuncia a quien realizó una manifestación expresa en este sentido, entendiendo que su renuncia ha sido implícita, y que no se ha manifestado expresamente por las escasas probabilidades de que se diera el supuesto de ser beneficiario del derecho”. Por lo que en su opinión “esta segunda alternativa sería más acertada, por cuanto salva la validez del pacto y resulta conforme con la voluntad de las partes y con lo dispuesto en el artículo 231-20.3. En ocasiones, por la naturaleza del derecho, la renuncia de uno solo de los cónyuges tiene pleno sentido, y no parecería lógico anular el pacto por falta de reciprocidad. Pensemos, por ejemplo, en la atribución del uso de la vivienda a uno de ellos, lo que necesariamente implica una renuncia a este uso por parte del otro”.

²⁰⁸ PAZ-ARES, I. (2008). “Previsiones capitulares”, *op. cit.*, p. 135 señala que, se atenta al principio de igualdad que la renuncia fuese unilateral, o que no afectase de igual modo a ambas partes, y, añade que, se debería privar de eficacia aquellas renuncias que, de cualquier modo, pudieran resultar gravosas o perjudicarles para los hijos o gravemente lesiva de los derechos del cónyuge; por su parte, REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *op. cit.*, p. 742 considera nula la renuncia unilateral por ser contrario al principio de igualdad conyugal.

²⁰⁹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *op. cit.*, pp. 1672-1673; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *op. cit.*, p. 751; MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, *op. cit.*, pp. 315-316; PAZ-ARES, I. (2008). “Previsiones capitulares”, *op. cit.*, p. 135; RUBIO GIMENO, G. (2014). *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, *op. cit.*, p. 90.

²¹⁰ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.*, pp. 167-168.

²¹¹ RJ 2015,2657.

²¹² Roj STS 942/2028; ECLI:ES:TS:2018:942.

²¹³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 (RJ 2011,5122); de 31 de enero de 2014 (RJ 2014,813); de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015,1170); y, de 14 de abril de 2015 (RJ 2015,1528), entre otras.

²¹⁴ RJ 2011,5122.

²¹⁵ RJ 2017,880.

²¹⁶ RJ 2014,1170; RJ 2015,1528; RJ 2015,5322.

vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2023 (Roj. STS 4408/2023; ECLI:ES:TS:2023:4408).

²¹⁷ RJ 2017,1720. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2022 (RJ 2022,53) alta como autónoma en la carnicería de su marido, sin haber llegado a trabajar en la misma. No se dedicó a trabajar en exclusiva al trabajo del hogar durante tres meses.

²¹⁸ RJ 2015,5322; RJ 2016,2219.

vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2023 (Roj. STS 4408/2023; ECLI:ES:TS:2023:4408).

²¹⁹ RJ 2011,5122.

²²⁰ RJ 2014,813.

²²¹ RJ 2015,1170.

²²² RJ 2015,5322.

²²³ RJ 2015,5414.

²²⁴ RJ 2017,673.

²²⁵ RJ 2019,5090.

²²⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2023 (RJ 2023,1567) la finalidad de la compensación al cónyuge por el trabajo “para la casa” la de reequilibrar la falta de proporción a los respectivos recursos de las contribuciones de cada uno a las cargas del matrimonio antes de su disolución.

²²⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019 (RJ 2019,5090).

²²⁸ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, op. cit., p. 106; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). “Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)”, op. cit., p. 6; MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, op. cit., pp. 317-318; de la misma autora (“015). “Pactos prematrimoniales, “pacta sunt servanda” y modificación sobrevenida de las circunstancias”, op. cit., p. 782; AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, op. cit., p. 122, PAZ-ARES I. (2008). “Previsiones capitulares”, op. cit., p. 128; HIJAS CID, E. (20199. “Pactos prematrimoniales”, op. cit., p. 10; GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales*, op. cit., pp. 150-151; MEDINA ALCOZ, M. (2015). “Pactos prematrimoniales “pacta sunt servanda” y modificación sobrevenida de las circunstancias”. En: M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (dirs.), *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Navarra. Thomson Reuters Aranzadi, p. 782; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, op. cit., p. 294.

vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2023 (Roj. STS 4408/2023; ECLI:ES:TS:2023:4408).

²²⁹ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, op. cit., p. 744.

²³⁰ MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, op. cit., p. 318. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6^a, de 27 de octubre de 2021 (JUR 2022,46233); y de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10^a, de 27 de febrero de 2023 (JUR 2023,129047).

²³¹ RJ 2023,1566.

²³² RJ 2022,5243.

²³³ EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo, T. III*, Madrid: Thomson, p. 4571.

²³⁴ MORENO VELASCO, M. (2013). *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, op. cit., pp. 62-63; PAZ-ARES, I. (2008). “Previsiones capitulares”, op. cit., p. 129.

²³⁵ MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, op. cit., p. 301; PAZ-ARES, I. (2008). “Previsiones capitulares”, op. cit., pp. 123-127; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, op. cit., p. 744.

²³⁶ PAZ ARES, I. (2008). “Previsiones capitulares”, op. cit., pp. 124-126.

²³⁷ AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja”, op. cit., p. 38 habla de pactos dirigidos a establecer las bases de la liquidación en caso de divorcio.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2^a, de 30 de julio de 2018 (JUR 2018,310174) los contrayentes convinieron para la liquidación del matrimonio que se produciría la comunicación de ganancias, considerándose lo ganado o adquirido por título oneroso tanto por el marido como por la mujer como bienes comunes, sin que quepa advertir error, contradicción, ni interpretación contraria a las reglas de la lógica cuando se declara: “los cónyuges pactados que en caso de disolverse el matrimonio todos los bienes adquiridos por cada uno de los esposos a título oneroso constante el mismo serían considerados a efecto de la liquidación como bienes comunes” y entendemos que el citado acuerdo se encuentra amparado por el principio de libertad de pacto y que no infringe norma alguna de derecho imperativo, pues, los cónyuges se encuentran facultados para acordar lo que estimen oportuno sobre el carácter común o privativo de sus bienes, y para convenir que se aplique en la liquidación de su régimen matrimonial o dispuesto en el Código Civil sobre liquidación de la sociedad de gananciales.

²³⁸ EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, *op. cit.*, p. 4570; PAZ-ARES, I. (2008). “Previsiones capitulares”, *op. cit.*, p. 127; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *op. cit.*, p. 744 destaca en la previsión sobre derechos de adjudicación preferente más allá de la regulación del artículo 1406 del Código Civil, la preferencia sobre el negocio o empresa familiar, aunque no se disuelva por causa de muerte, adjudicación de acciones al titular formal.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2023 (Roj. STS 3287/2023; ECLI:ES:TS:2023:3287) dispone al respecto que los cónyuges pueden celebrar, al amparo del artículo 1323 del Código Civil, acuerdos dirigidos a transmitir bienes privativos al patrimonio ganancial, sin que se exija una determinada forma. En la liquidación de la sociedad de gananciales previa a la división judicial de la herencia acuerdan los cónyuges atribuir carácter ganancial a bienes privativos.

Lo que, se puede, también incluir tal acuerdo atributivo de bienes de un patrimonio a otro en pactos prematrimoniales.

²³⁹ PAZ-ARES, I. (2008). “Previsiones capitulares”, *op. cit.*, pp. 123-124, señala que, cabría que los contrayentes ampliasen el concepto de cargas incorporando otras no contempladas en el artículo 1362 del Código Civil; asimismo como distribuir con efectos meramente internos (y no externos) su deber de contribución a dichas cargas; se puede concretar que un cónyuge contribuya con una cantidad fija, señalar un máximo, establecer un mínimo, o fijar un porcentaje. Y, añade, el límite de este último pacto sería que guardara alguna proporción con las respectivas capacidades económicas de los cónyuges, por ser una exigencia mínima derivada del principio de igualdad. Por esto último, considera el autor, que es inválido el pacto por el que se excluye totalmente a un cónyuge de su deber de contribución.

²⁴⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6^a, de 18 de enero de 2021 (JUR 2021,81148) la validez del acuerdo en que se transmite al demandado el pleno dominio de la vivienda y, en cuanto al precio, la contraprestación económica a percibir por la demandante, se acuerda la forma de pago.

²⁴¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18^a, de 3 de julio de 2023 (Roj. SAP B 7300/2023; ECLI:ES:APBA:2023:7300) las partes firmaron ante notario en escritura pública pactos preprenupciales en previsión de ruptura en la que acordaron de forma recíproca el compromiso de renunciar a un derecho de uso sobre el domicilio familiar que se establecería en la vivienda sita en Barcelona..., vivienda que constituía el domicilio familiar. Tal pacto en previsión de ruptura cumple los requisitos establecidos en el artículo 231-20 del Código Civil catalán.

²⁴² AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, *op. cit.*, p. 117; MEDINA ALCOZ, M. (2015). “Pactos prematrimoniales “pacta sunt servanda” y modificación sobrevenida de las circunstancias”, *op. cit.*, p. 783.

²⁴³ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *op. cit.*, p. 746; GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, *op. cit.*, p. 159 el fundamento de la medida consistente en la atribución del uso de la vivienda familiar no es otro que proteger al más débil.

²⁴⁴ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, *op. cit.*, p. 158; HIJAS CID, E. (2019). “Pactos prematrimoniales”, *op. cit.*, pp. 5-6.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2023 (Roj. STS 3322/2023; ECLI:ES:TS:2023:3322) señala que “(...) en palabras de la sentencia 351/2020, de 24 de junio: “(...) la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil. (...) esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores, mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el Juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó en el ordenamiento jurídico español (artículos 14 y 39 de la CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor. (...) Es cierto que esta Sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil””. Lo dice esta Sala de lo Civil —sentencia de 17 de junio de 2013— cuando manifiesta que: “Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar, si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios”. Consecuencia de lo expuesto es la siguiente doctrina: “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil” (221/2011, de 1 de abril; 181/2014, de 3 de abril; 301/2014, de 29 de mayo; 297/2014, de 2 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 282/2015, de 18 de mayo (...”).

De forma que, es posible pactar sobre el uso de la vivienda familiar cuando hay hijos menores de edad si operasen cualquiera de los dos factores citados.

²⁴⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22^a, de 26 de febrero de 2021 (JUR 2021,160918).

²⁴⁶ AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, *op. cit.*, p. 117.

²⁴⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2008). “Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal”, *Economista & Jurist*, núm. 118, marzo, p. 23; AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, *op. cit.*, p. 118.

²⁴⁸ HIJAS CID, E. (2019). “Pactos prematrimoniales”, *op. cit.*, p. 10 precisando, al respecto que “en el momento en que uno de los cónyuges entrase en una situación de necesidad que active la obligación de dar alimentos, el juez no estará obligado a sujetarse al acuerdo sobre alimentos convencionales entre consortes”.

Por su parte, en caso de pareja estable no se reconoce el derecho a la prestación compensatoria, pero sí un derecho a la prestación alimentaria en los artículos 234-10 y siguientes del Código Civil catalán; si bien, este Código no se refiere de manera expresa a los pactos realizados en previsión de cese de la convivencia que se refieran a esta prestación. Para MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán”, *op. cit.*, pp. 359-360 “no parece que debería advertirse óbice alguno para pactar sobre

este extremo, acordando la cuantía, modalidad de pago o duración de la pensión. También, añade "podría acordarse la renuncia. El artículo 234-10.2 establece como límite al pacto de renuncia de esta prestación que comprometa la posibilidad de atender a las necesidades básicas del conviviente que tienen derecho a pedirla, salvo que haya incorporado a una propuesta de convenio presentada de acuerdo con el artículo 234-6". La norma, como indica la citada autora "No se refiere expresamente a la renuncia anticipada, sino que sólo alude a la renuncia. No obstante, en la medida que el Código Civil catalán admite genéricamente los pactos en previsión del cese de la convivencia estable, parece adecuado entender que la norma es de aplicación siempre que haya renuncia, ya que se produzca esta con carácter previo o cuando cesa la convivencia".

²⁴⁹ MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.*, p. 336; SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña", *op. cit.*, p. 375.

²⁵⁰ HIJAS CID, E. (2019). "Pactos prematrimoniales", *op. cit.*, pp. 11-12.

²⁵¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.*, p. 114, pone de manifiesto la dificultad de exigir un acuerdo sobre guarda y custodia, cuando una vez acaecida la separación alguno de los progenitores quiera separarse de lo convenido. Por ello y, a diferencia de los casos en que el pacto se refiere a cuestiones patrimoniales, estima más prudente evitar que el pacto prematrimonial se extienda a estas cuestiones, y que, si una vez sobrevenida la crisis no hay acuerdo, sea el juez el que decida sobre la cuestión.

²⁵² MEDIDA ALCOZ, M. (2014). "Pactos prematrimoniales, *pacta sunt servanda*" y modificación sobrevenida de las circunstancias", *op. cit.*, p. 785 precisa, al respecto que "dentro del denominado *plan de parentalidad* caben los pactos sobre guarda y custodia conjunta o compartida, así como los que regulan el régimen de comunicaciones y estancia de los hijos con el progenitor no custodio".

²⁵³ MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.*, p. 336; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)", *op. cit.*, pp. 6-7. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10^a, 27 de mayo de 2002 (LA LEY 100202,2002) que señala que "El artículo 170 del Código Civil establece que el padre o la madre podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial; por su parte, la jurisprudencia, interpretando el precepto, ha declarado reiteradamente el carácter social, imprescriptible e indisponible de este derecho-función por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991, y también que las limitaciones a la patria potestad deben interpretarse restrictivamente, concepto que repite la sentencia del mismo Alto Tribunal de 6 de julio de 1996; de aquí se desprende que los cónyuges no pueden convenir la privación de la patria potestad para uno de ellos en relación con su hijo, tal como ha hecho en la cláusula primera del convenio presentado para su aprobación judicial".

²⁵⁴ MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.*, p. 337. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6^a, 7 de mayo de 2002 (LA LEY 87305,2002) dispone que "Es objeto también del recurso de apelación la declaración de nulidad de ciertas cláusulas del convenio regulador, concretamente la de que "para el caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que éste también tenga relación de pareja", así como que "el padre también obtendrá la custodia de las hijas en caso de que la madre traslade su residencia fuera de Santiago de Compostela o no pueda pernoctar con su hijas en esta ciudad". Ciertamente que lo primero supone un claro atentado contra la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que no se justifica en un hipotético interés de las menores, pues en el caso de que dicha situación llegase a producirse, valorando la incidencia que pueda tener sobre ellas, y el interés de éstas, podrá someterse a decisión un cambio en la guarda y custodia,

como también el caso de un eventual traslado de residencia de la madre, sin que pueda condicionarla de antemano la atribución de la guarda y custodia a la permanencia en Santiago sin merma de su libertad de residencia. El mismo Código Civil prevé específicamente en el artículo 90 que el Juez puede desaprobar alguna cláusula contenida en el convenio regulador que puede ser dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, evaluación que perfectamente puede llevarse a cabo, de no haberse reparado en ello con anterioridad, cuando se somete a consideración las medidas que han de regular los efectos del divorcio”.

²⁵⁵ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *op. cit.*, p. 746; MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, *op. cit.*, p. 335; por su parte, PAZ-ARES, I. (2008). “Previsiones capitulares”, *op. cit.*, p. 145 señala que, aunque no cabe renuncia ni transacción sobre el derecho de los hijos; no obstante, cabe que los cónyuges fijen unos criterios con arreglo a los cuales se pueda determinar esa pensión o su cuantía. Dicho pacto producirá sus efectos hasta la eventual revisión judicial.

²⁵⁶ RJ 2018,4295.

²⁵⁷ MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, *op. cit.*, p. 308; FERRER RIBA, J. (2001). “Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños”, *Indret número 4*, p. 14; HIJAS CID, E. (2019). “Pactos prematrimoniales”, *op. cit.*, p. 13.

²⁵⁸ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). “Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)”, *op. cit.*, p. 4; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.*, p. 102, optan por la validez de tales acuerdos; AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja”, *op. cit.*, p. 30.

²⁵⁹ AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, *op. cit.*, p. 113; MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, *op. cit.*, pp. 328-329; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, *op. cit.*, p. 250. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6^a, 7 de mayo de 2002 (LA LEY 87305,2002).

²⁶⁰ AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, *op. cit.*, p. 113; de la misma autora (2014). “Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja”, *op. cit.*, p. 30; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, *op. cit.*, p. 254. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1^a, de 12 de abril de 2002 (LA LEY 71311,2002).

²⁶¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.*, pp. 109-110.

²⁶² MEDINA ALCOZ, M. (2013). “Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común”, *op. cit.*, p. 319.

²⁶³ El artículo 231-20 del Código Civil catalán señala que, solo son válidos, si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio; y, añade en el apartado 2 del mismo que, el notario, antes de autorizar la escritura, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse información.

²⁶⁴ AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, *op. cit.*, p. 110.

²⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil, T. IV*, Madrid: Tecnos, p. 149 acogieron ya hace años un concepto amplio de capitulaciones matrimoniales en base al inicio final del artículo 1325 del Código Civil, permitiendo incluir como contenido de las capitulaciones “cualesquier otras disposiciones por razón del matrimonio”, entre ellas y a los efectos que nos interesa, los acuerdos dirigidos a regular las consecuencias de la ruptura de pareja.

²⁶⁶ El artículo 231-20.1 del Código Civil catalán dispone que, los pactos en previsión de ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. Igualmente, el artículo 25 de la Ley 10/2007, del régimen económico matrimonial valenciano establecía la posibilidad de pactarlos en capitulaciones matrimoniales.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1^a, de 8 de mayo de 2014 (LA LEY 88846,2014) no considera válidos los pactos en previsión de ruptura matrimonial realizados mediante contrato privado protocolizado por notario.

Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán”, *op. cit.*, pp. 352-353, se pregunta para el derecho catalán, si el incumplimiento del requisito de escritura pública en relación con los pactos en previsión de ruptura se traduciría en la eficacia *inter partes* del acuerdo, aunque careciera de eficacia frente a terceros, o en la nulidad radical. A lo que responde que “si llegado el momento de la ruptura, ambas partes estuvieran de acuerdo sobre los términos pactados, la cuestión carecería de trascendencia práctica, porque igual daría entender que el pacto es un acuerdo anterior a la crisis, celebrado en previsión de una eventual y futura ruptura, o que se trata de un acuerdo privado celebrado una vez sobrevenida la crisis, el cual sería eficaz”. Y, añade “el problema aparecería cuando una de las partes no quiera avenirse a lo acordado. Si tenemos en cuenta el razonamiento anterior en torno a la validez de las cláusulas privadas con eficacia *inter partes*, y dado que los pactos en previsión de ruptura normalmente no van destinados a producir efectos frente a terceros, podría defenderse su validez. Por otra parte, la forma pública va dirigida en estos casos a procurar ciertas cautelas en la celebración de los pactos que aseguren una voluntad libre y consciente de ambas partes, y los vicios del consentimiento son causa de anulabilidad de los contratos y no de nulidad radical. Esto podría constituir otro argumento a favor de mantener cierta eficacia pese a la inobservancia de las formalidades legales”. Y, concluye “no obstante, hubiera sido deseable un pronunciamiento del legislador sobre este extremo que permitiera disipar las dudas”.

²⁶⁷ Vid., el artículo 231-20.5 del Código Civil catalán.

²⁶⁸ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). “Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)”, *op. cit.*, p. 13.

²⁶⁹ EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, *op. cit.*, p. 4572, aboga por un mayor control judicial de la eficacia de estos pactos, asimismo, AGUILAR RUIZ, L., y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial”, *op. cit.*, pp. 41-42 señalan con relación a los acuerdos de renuncia de la pensión que, debería ser homologados por el juez y, debería éste validarlos siempre que no sobrepasen los límites previstos legalmente, respete el interés general y no conlleve grave perjuicio a terceros (artículo 19.1 de la LEC). Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1^a, de 10 de septiembre de 2010 (LA LEY 187981,2010).

²⁷⁰ GARCÍA MAYO, M. (2020). “Los pactos prematrimoniales como mecanismo de justicia preventiva en tiempos de pandemia”, *op. cit.*, p. 403.

²⁷¹ RJ 2022,1043.

²⁷² La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015 (Roj, STS 2828/2015; ECLI: ES:TS:2015:2828) indica que “de lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el artículo 90.2 del Código Civil establece como requisitos para los convenios reguladores, aplicables por analogía en este caso, para su aprobación que no sean dañinos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido, el artículo 39 de la Constitución cuando establece la protección de la familia y de la infancia. En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1^a, 5 de abril de 2023 (JUR 2023,217066).

²⁷³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015 (RJ 2015,2657),

²⁷⁴ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5^a, de 26 de julio de 2013 (JUR 2013,331848) no es posible apreciar quiebra alguna del principio de igualdad, pues, la renta vitalicia a cargo del esposo y en favor de la mujer se establece para los supuestos de crisis y separación conyugal, con independencia o abstracción del agente o contingencia provocadora de la iniciativa individual o de conjunto de la interrupción de la convivencia y eventual formalización judicial de la solicitud en vía contenciosa o de mutuo acuerdo. Pero además, en el supuesto analizado los otorgantes son personas maduras, con fallidas experiencias anteriores, cumplidamente formadas en enseñanzas universitarias y dilatado ejercicio en el campo de la medicina y el derecho.

²⁷⁵ GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.*, p. 112. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2018 (Roj STS 3739/2018; ECLI:ES:TS:2018:3739): (...) ello no empece a que se califique eficaz, como negocio jurídico y válido. De forma que, si con esta última calificación se aporta el convenio al proceso contencioso, seguido al frustrado de mutuo acuerdo, no podrá recibir el mismo tratamiento vinculante que en éste, en el que solo el tribunal puede formular reparos si, ante la gravedad de lo acordado en contra de un cónyuge, entrevé un vicio del consentimiento (artículo 777 de la LEC en relación con el artículo 90 del Código Civil), pero tampoco podrá, como afirma la sentencia recurrida, ser tratado como un simple elemento de negociación. Se trata en este caso de un acuerdo de naturaleza contractual, con las posibles consecuencias contempladas en el artículo 1091 del Código Civil. Por tanto, una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso, la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó en presencia judicial, tendrá que alegar y justificar, en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del artículo 1255 del Código Civil, bien por concurrir algún vicio en el consentimiento entonces prestado, en los términos del artículo 1365 del Código Civil o por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con el cambio de opinión injustificada, sobre todo en supuestos como en el presente en los que cada cónyuge intervino asesorado de letrado en la redacción y suscripción del convenio. (...) si la parte que suscribió el convenio, como negocio jurídico familiar, y que se aporta como tal por la contraparte en el proceso contencioso, no alega ni justifica ninguna de las circunstancias antes mencionadas, el tribunal no ha de decidir sobre las medidas de naturaleza disponible que se le postulan, apartándose de lo libremente pactado por los cónyuges en el convenio suscritos por ambos y haciendo su particular apreciación legal sobre tales medidas".

²⁷⁶ La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1^a, de 8 de julio de 2020 (JUR 2020,282943) señala que "se trata, por tanto, de determinar si se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias que el negocio jurídico de derecho de familiar en que consistió el convenio ha perdido su validez, porque como añade la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2018 una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso —el convenio— la parte que la suscribió pero no lo ratificó en presencia judicial tendrá que alegar y justificar en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del artículo 1255 del Código Civil, bien por concurrir algún vicio en el consentimiento, entonces, prestado, en los términos del artículo 1265 del Código Civil, o por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con cambio de opinión injustificado, sobre todo en supuestos, como el presente, en el que cada cónyuge intervino, asesorado de letrado en la redacción y suscripción del convenio". Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5^a, de 17 de febrero de 2021 (JUR 2021,130068) una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso, la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó en presencia judicial, tendrá que alegar y justificar, en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del artículo 1255 del Código Civil, bien por concurrir algún vicio del consentimiento entonces prestado, en los términos del artículo 1256 del Código Civil, o

por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con cambio de opinión injustificada, sobre todo en supuestos como el presente en los que cada cónyuge intervino asesorando de letrado en la redacción y suscripción del convenio”.

²⁷⁷ RJ 2013,1819.

²⁷⁸ RJ 2013,1819; RJ 2013,1604.

²⁷⁹ De manera específica, respecto de la crisis financiera como hecho determinante para la aplicación de la cláusula, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2014 (RJ 2014,3526) “(...) la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante, reconocida su relevancia como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico, la aplicación de la cláusula *rebus* no se produce de forma generalizada, ni de un modo automático, pues, como señalan a sentencias del Pleno de 17 y 18 de enero de 2013 y aquí se ha reiterado, resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en los casos planteados, esto es, que la crisis económica constituya en estos casos un presupuesto previo, justificativo del cambio operado no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual que se trate; de ahí que, ambas sentencias destaque que la crisis económica, como hecho ciertamente notorio, no pueda constituir por ella sola el fundamento de aplicación de la cláusula *rebus* máxime, como resulta de los supuestos de hecho de las sentencias citadas, cuando confundiéndose la tipicidad contractual de la figura se pretende su aplicación por vía errónea de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (artículos 1182 a 1184 del Código Civil)”. Por su parte, la sentencia de este Alto Tribunal y Sala, de 24 de febrero de 2015 afirma que “del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que no derive una aplicación generalizada o automática, de la cláusula “*rebus sic stantibus*” a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate”. En fin, la sentencia del Tribunal Supremo y Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2015 se apoya en la doctrina de la Sala que, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla “*rebus*” a quien se ve afectado por la crisis económica “previene, no obstante, contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas”.

²⁸⁰ Roj. STS 2823/2014; ECLI:ES.TS:2014:2823.

²⁸¹ RJ 2013,1819.

²⁸² RJ 2014,6129.

²⁸³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6^a, de 27 de octubre de 2021 (JUR 2022,46233) que aplicando esta doctrina al caso de autos, rechaza 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 en el momento de los pactos por lo que ninguna variación se ha producido, razón que lleva a la aplicación del artículo 1258 del Código Civil que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 13 de abril de 2021 (RJ 2021,4203) esta cláusula *rebus* permite tanto modificar como hacer ineficaces los pactos siempre que se dé el requisito de la imprevisibilidad.

²⁸⁴ RJ 2015,1409. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 2019 (RJ 2019,159) afirma que “tiene razón la compradora cuando manifiesta que lo acontecido nada tiene que ver con el presupuesto de la regla “*rebus*” tal y como ha sido desarrollada por la jurisprudencia, pues, ni se ha producido una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, ni hay desproporción desorbitante, fuera de todo cálculo, entre

las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones ni todo ello ha acontecido por la sobrevivencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. En consecuencia, no se debe aplicar la regla “*rebus*”²⁸⁵.

²⁸⁵ RJ 2019,3010.

²⁸⁶ Para GARCÍA MAYO, M. (2021). “Pactos prematrimoniales y compensación”, *op. cit.*, p. 159 se exige que “la alteración de las circunstancias sea sustancial con respecto a las que dieron lugar a las medidas que se pretenden modificar, que el cambio tenga carácter permanente —no simplemente eventual—, así como que los cambios no fuesen previsibles de manera inminente —frente a la imprevisibilidad absoluta que se exige en sede contractual—”.

²⁸⁷ RJ 2019,1360.

²⁸⁸ ROCA TRIAS, E. (1991). “Comentario al artículo 90 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 386.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4^a, de 10 de abril de 2023 (JUR 2023,253713) la necesaria ponderación entre los principios de eficacia positiva de la cosa juzgada material y la aplicación de la cláusula *rebus* ha llevado a interpretar en sentido restrictivo los términos “alteraciones sustanciales” recogida en los artículos 90 y 91 del Código Civil y 775 de la LEC exigiendo que tales cambios responden a situaciones duraderas que tengan entidad y que no sean imputables a la parte que las invoca, pues, el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar al albur del obligados, como al respecto establece el artículo 1256 del Código Civil.

²⁸⁹ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (2017). “Supuestos de cláusula “*rebus sic stantibus*” en el Derecho de Familia”, *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Valencia: tirant lo blanch, p. 462.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2022 (RJ 2022, 622) tras citar la sentencia de 25 de marzo de 2014, precisa que no puede incluirse en el marco de la alteración sustancial las circunstancias expresamente previstas por las partes; y así señala: “Dentro del concepto de “alteración sustancial” no puede incluirse las modificaciones que fueron excluidas en los pactos, por importantes que fuesen, pues dichas alteraciones lejos de ser sorpresivas fueron especialmente previstas, contractualmente dentro del margen legal que establece el artículo 1255 del Código Civil. En ulterior proceso de divorcio se debe afrontar la cuestión a la luz del artículo 101 del Código Civil, y del artículo 100 del Código Civil, por lo que solo se podrá suprimir la pensión compensatoria si cesa la causa que la motivó. También podrá moderarse, en el procedimiento de divorcio, si se produce una alteración sustancial de la fortuna de uno u otro cónyuge. Dentro del concepto “alteración sustancial” no pueden incluirse las modificaciones que fueron excluidas en los actos, por importantes que fuese, pues duchas alteraciones lejos de ser sorpresivas fueron especialmente previstas, contractualmente dentro del margen legal que establece el artículo 1255 del Código Civil”.

²⁹⁰ RJ 2015,2657.