

Acuerdos suscritos para
ordenar la convivencia
en pareja de preruptura
y postruptura.

Perspectiva desde el
Derecho español* /

Agreements legally
structuring domestic
partnership pre-rupture
and post-rupture.

With a perspective from
Spanish Law

Recibido: 3 de junio de 2014. Aceptado: 7 de julio de 2014.

TLA-MELAU, revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / ISSN: 1870-6916 / Nueva Época,
Año 9, N° 38, abril / septiembre 2015, pp. 94-119.

RESUMEN

Dado el extraordinario valor que reviste la voluntad en las relaciones de pareja, se propone el examen de los principales acuerdos encaminados a organizar los efectos personales y patrimoniales, vigente la convivencia y de manera anticipada, aquellos provisorios de los efectos de una futura crisis convivencial. Estos instrumentos jurídicos negociales, que basculan entre la protección de la libertad de sus otorgantes y la de los principios que constituyen el orden público familiar, se analizan desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, y desde la regulación que se dispone en el derecho civil de Cataluña, en el cual se contemplan distintas modalidades de acuerdos en atención a la proyección temporal de sus efectos.

PALABRAS CLAVE

Relaciones de pareja, acuerdos convivenciales, acuerdos preruptura y postruptura.

ABSTRACT

Due to the extraordinary value that the voluntary will of the relationship of a couple, we propose to examine the main agreements that organize personal and financial effects, from current coexistence, and in advance, to those provisional of the effects of a future cohabitational crisis. The negotiation of these legal instruments, that vacillate between the protection of the freedom of its parties and the principles that constitute family public order, are analyzed from the perspective of the Spanish legal system and the regulations that are provided in the civil law of Catalonia, in which different types of agreements are contemplated in view of the timing of their effects.

KEYWORDS

Couple Relationships, cohabitational agreements, pre- and post-rupture agreements

* Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad Rey Juan Carlos, España. (mariammar.heras@urjc.es)

1. Presentación / 2. Primacía de la autorregulación en las relaciones de pareja / 3. Acuerdos patrimoniales durante la convivencia / 4. El tratamiento de los acuerdos preruptura de la convivencia o provisorios de los efectos de su futuro cese / 5. Pactos posconvivenciales / 6. Límites / 7. Extinción e ineficacia / 8. Valoración final

1. PRESENTACIÓN

Los acuerdos suscritos por los miembros de una pareja dan cobertura jurídica a sus aspectos personales y patrimoniales. El régimen de convivencia los dota de particulares efectos jurídicos, a los cuales incluso determina en caso de un futuro cese. En este último caso, los acuerdos se reconducen, básicamente, a la suscripción de pactos de renuncia a percibir cualquier tipo de derecho o compensación económica, una vez rota la convivencia. Al mismo tiempo, pueden ser objeto de esta renuncia determinados derechos sucesorios cuando la ruptura se produce como consecuencia del fallecimiento de uno de sus miembros.

Su fundamento reside en la necesidad de ordenar la convivencia o su ruptura a las circunstancias personales, familiares y patrimoniales concretas de la pareja, así como a la necesidad de proteger el patrimonio que pertenece a cada conviviente.

Asimismo, con dichos acuerdos se previenen resoluciones judiciales alejadas de los intereses reales de la pareja, en las cuales se acude, con extremada frecuencia, a criterios muy dispares, que han dado origen a una jurisprudencia muy disímil.¹

El objetivo de este trabajo será dar a conocer, de forma detallada, los principales acuerdos así como el tratamiento jurídico que reciben en el derecho civil español y, de forma particular, en el derecho civil catalán, como posible punto de partida para facilitar la elaboración de posteriores estudios de derecho comparado.

De contenido muy diverso, pueden suscribirse de forma anticipada o con proyección de futuro, sabiendo que la ordenación de los efectos de un futuro

¹ En el ámbito de las parejas no casadas, la diversidad de *petitum* ha dado origen a la elaboración de una jurisprudencia muy contradictoria, no sólo en relación con las sentencias de las audiencias, sino también del TS, que se ha visto obligado a dictar una sentencia plenaria, STS 12 septiembre 2005 (RJ 2005,7148), resolviendo un recurso de casación para la unificación de la doctrina. También son muchas las ocasiones en las que el TS ha recurrido a la aplicación de los principios generales del derecho, como el principio de la protección a la parte más débil o el principio de protección del interés más necesitado. En relación con esta sentencia plenaria, puede consultarse De Amunátegui Rodríguez, C., “Uniones de hecho y enriquecimiento injusto. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005”, en Yzquierdo Tolsada, coord.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 1, (2005-2007), Madrid, Dykinson, 2008-2009, pp. 25-74.

matrimonio o de una futura ruptura. Se conocen como pactos prenupciales. Si su contenido reside, exclusivamente, en la ordenación de una futura convivencia, carecerán de operatividad en las parejas no casadas, pues resulta impropio de éstas el exceso de previsión.

Es difícil encontrar en la práctica acuerdos preconvivenciales en parejas que no quieren contraer matrimonio. No obstante, si lo que se pretende es diseñar los efectos de una futura e hipotética ruptura de la convivencia estable en pareja, puede utilizarse la escritura pública de constitución para dotarles de contenido. Dirigidos a establecer el régimen de la convivencia en pareja o familiar, están de ordinario destinados a regular la organización económica de las relaciones en pareja.

Carentes de regulación en el Código Civil español, han sido los distintos derechos civiles territoriales los que han regulado estos acuerdos con mayor detenimiento. El legislador catalán es quien ha dedicado mayores esfuerzos a la configuración de sus distintas modalidades a través del libro segundo del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, del 29 de julio, relativo a la persona y a la familia. Para la elaboración del régimen jurídico de este tipo de pactos, se ha acudido a la técnica de la remisión al régimen jurídico propio de las parejas casadas, y se ha articulado una auténtica unificación del régimen jurídico para ambas formas de convivencia.

En atención a la proyección temporal de sus efectos cabe distinguir:

- Acuerdos convivenciales o previstos para ordenar los efectos de la convivencia.
- Acuerdos profuturo o provisorios de los efectos de un futuro cese de la convivencia.
- Acuerdos postconvivenciales o suscritos tras la ruptura de la convivencia.

2. PRIMACÍA DE LA AUTORREGULACIÓN EN LAS RELACIONES DE PAREJA

La ordenación de las relaciones personales y de organización económica de la pareja² se sustenta en la autorregulación de los intereses económicos y personales³ y en la libertad para ordenarlos de la manera que tengan a bien sus otorgantes, presupuesta la posibilidad de suscribir cualquier tipo de contrato

² Puede consultarse Heras Hernández, M. M., “Pactos de organización económica de las parejas estables no casadas”, en Yzquierdo Tolsada, (coord.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, tomo 6, (Contratos de estructura asociativa o comunitaria), Navarra, Thomson Reuters Arazandi, 2014, pp. 616-660.

³ Anguita Ríos, R. M., “Autorregulación de las relaciones patrimoniales durante la convivencia de las parejas de hecho”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2025, 2006, pp. 4793-4805. Anguita Villanueva, L. A., “Acuerdos prematrimoniales” en Rams Albesa (coord.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, 2010, Dykinson, pp. 274-320.

que recaiga sobre materias disponibles de forma presente o futura.⁴ Puede tratarse de acuerdos expresos o tácitos, como sucede con los denominados hechos concluyentes (*facta concludentia*), en virtud de los cuales se verifica la voluntad inequívoca de formar una comunidad de bienes⁵ o la existencia de una *affectio societatis*.⁶ Se reputan tácitos los acuerdos ligados, en su mayoría, al ámbito de la potestad doméstica.

En relación con la contratación de cuentas corrientes indistintas o a nombre de ambos miembros de la pareja con disponibilidad solidaria, existe un cuerpo sólido de jurisprudencia que declara que la cotitularidad pactada bajo un régimen de solidaridad activa no es suficiente para atribuir el condominio de los saldos, sino que la titularidad definitiva se determina en atención a las relaciones *ad intra* los cotitulares, manera particular, a la pertenencia originaria del saldo a favor de uno de ellos.

Su contenido puede ser muy variado e incidir en la esfera tanto personal como patrimonial de los miembros de la pareja.

3. ACUERDOS PATRIMONIALES DURANTE LA CONVIVENCIA

Para la consecución de los fines propios de la convivencia se requiere, de forma inflexible, un soporte económico. Los siguientes destacan como los más frecuentes:

3.1 Modificación del régimen económico primario y de contribución al levantamiento de cargas familiares

Entre los acuerdos más comunes están los referidos a la modificación del régimen económico matrimonial primario. Tratándose de parejas no casadas, sobresalen: el pacto de asunción voluntaria de la obligación de contribuir a los gastos familiares y cómo se llevan a cabo; la asunción del deber de informarse recíproca y periódicamente de la situación económica de cada conviviente, y de los rendimientos obtenidos; el sometimiento al principio de corresponsabilidad en el ámbito doméstico o el pacto por el cual se determinan los criterios del reparto equitativo de los cuidados de las personas que se tienen a su cargo.

⁴ Acceden al Registro de la Propiedad si tienen por objeto la transmisión de bienes inmuebles o la constitución de derechos reales sobre los mismos siempre que consten en escritura pública. Debe permitirse la inscripción independiente de cada uno de ellos.

⁵ Puede determinarse por cuotas iguales o desiguales. Sobre este particular Moreno Quesada, B., “La comunidad de bienes surgida en la convivencia de parejas de hecho”, en Herrera Campos (coord.), *Parejas de hecho*, Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería, Granada, Colegio Notarial de Granada, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 1996, pp. 63-76.

⁶ STS 26 de mayo de 2006, (RJ 2006, 3341).

3.2 Configuración del régimen económico o patrimonial

Para aludir a los acuerdos relativos a la organización económica de la pareja, se puede acudir a los modelos de cualquiera de los regímenes económicos previstos para el matrimonio, con las variaciones que los estipulantes tengan a bien incorporar. Se admite, en cualquier momento, su modificación por voluntad común y expresa de los miembros de la pareja, o en atención a circunstancias sobrevenidas, como la llegada de hijos comunes.

Si la pareja no está casada, estos acuerdos no se configuran como auténticos regímenes económicos, ya que no tienen un origen *ope legis*, ni eficacia, ni validez legal.⁷ En estos casos, lo más frecuente será que se articule convencionalmente una separación absoluta de bienes, aunque pueden incorporarse vías de comunicación patrimonial de modo presente o futuro, con el propósito de atemperar la rigurosidad de los efectos de la separación de bienes, mediante atribuciones patrimoniales concretas, o mediante la adquisición de bienes comunes.

3.3 Administración y disposición de bienes y de asunción de deudas, cargas y gravámenes

Serán habituales los acuerdos relativos a la atribución de la administración y gestión de bienes de titularidad exclusiva de uno de los convivientes o del patrimonio común a favor del otro. Del mismo modo, pueden otorgarse poderes para la administración y disposición de bienes comunes o de titularidad exclusiva de uno de los miembros de la pareja. En tal caso, el cese de la convivencia es causa de su revocación, como consecuencia de la pérdida de la mutua confianza.⁸

No cabe duda de la validez de dichos acuerdos cuando se trata de una administración parcial o referida a parte de los bienes, o cuando se pacta una eficacia temporal. Mayor dificultad presenta, sin embargo, la validez del acuerdo de la atribución de la administración que recae sobre la totalidad de los bienes de uno de los convivientes, o la atribución de esta facultad de manera indefinida. Puede plantearse si esta delegación vulnera el principio de igualdad jurídica entre los miembros de la pareja. Sin embargo, la naturaleza eminentemente

⁷ Martínez de Aguirre, C., “Acuerdos entre los convivientes *more uxorio*”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo 40, 2003, p. 237. Siguiendo a Lacruz Berdejo, la RDGRN del 7 de febrero 2013 (FD3), BOE 4 de marzo de 2013, ha confirmado la imposibilidad de crear una sociedad de gananciales —que es un régimen económico matrimonial— sin matrimonio, así como la ausencia de publicidad respecto a terceros y la imposibilidad de pactar capítulos matrimoniales, a través de los cuales sólo se puede establecer los regímenes económicos. Así, los bienes adquiridos pertenecerán a aquel que los adquiriera, y si los hubiesen adquirido en común, pertenecerán a ambos en régimen de copropiedad.

⁸ Por todos el artículo 234-4.2 del Código Civil de Cataluña y artículo 6 de la Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana.

dispositiva de las normas en materia de administración o gestión de bienes de los cónyuges nos conduce a afirmar que dichos acuerdos no conculcan tal principio.

Esta naturaleza dispositiva se consagra, tanto en sede de régimen económico de gananciales —dado que la coadministración admite pacto en contra (artículo 1375 del Código Civil)— como en el de separación de bienes, al permitirse encomendar tales facultades, respecto a los bienes pertenecientes a uno de los cónyuges, a favor del otro, en virtud de un contrato de servicios o de un mandato expreso o tácito, según el artículo 1439 del Código Civil,⁹ revocable *in qualumque tempo*.

En cuanto a los acuerdos relativos a la asunción de deudas, deben tomarse en consideración las bases propias del régimen económico pactado, si los miembros de la pareja están casados. Si no lo están, debe partirse del principio de responsabilidad separada, sin perjuicio de que se acuerde la asunción conjunta de deudas por la adquisición de bienes en régimen de copropiedad, o en el ámbito de la potestad doméstica, en la forma que se determine convencionalmente. En cualquier caso, el pacto interno en relación con la distribución de cargas, gravámenes o deudas, no puede perjudicar a terceros.

3.4 Adquisición de bienes o derechos en régimen de comunidad

No puede soslayarse la voluntad de hacer comunes determinados bienes o derechos. Puede ser objeto de pacto la adquisición en comunidad a título oneroso,¹⁰ como la vivienda habitual, o los bienes muebles que forman parte del ajuar doméstico. Pueden referirse a otros conceptos, como la indemnización recibida por un despido improcedente, un plan de jubilación o un premio de lotería.¹¹ Carecerá de operatividad práctica el pacto general por el cual se constituye una comunidad sobre todos los bienes y derechos adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la convivencia, ya que puede comprometer seriamente el principio de respeto a la economía personal de cada miembro de la pareja.

⁹ Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de derecho civil*, vol. 4. *Derecho de familia*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 264.

¹⁰ Rebollo Valera, A. L., “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 Gómez Gállego (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2008, p. 743.

¹¹ STS 16 de junio 2011 (RJ 2011, 4246) en la que se declara la falta de prueba del pacto entre convivientes dirigido a crear una comunidad, respecto al dinero obtenido con un premio de la Once. En contra STS 31 octubre de 1996 (RJ 1996,7723). También en la SAP Guadalajara, 12 de marzo de 2013 (JUR 2013, 138171), se aprecia la existencia de pacto de comunidad respecto a un importante premio de lotería, como consecuencia de la apertura de una cuenta indistinta a nombre de los miembros de la pareja; el intento de adquirir conjuntamente en dos ocasiones un bien inmueble con el premio obtenido y, finalmente, la inversión que se hace de parte del premio en un depósito bancario a plazo fijo a nombre de los dos.

3.5 Adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia

Una particularidad propia del derecho civil catalán son los acuerdos de adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia. Estos operan tanto en las parejas casadas como en las no casadas¹² (*ex* artículo 234-3.3, Código Civil de Cataluña), al resultarles de aplicación lo dispuesto para los cónyuges en los artículos 231-15 a 231-18. De este modo, se unifica, una vez más, el régimen jurídico para ambas formas de convivencia.

Su interés práctico reside en la protección de los intereses económicos del conviviente supérstite, en relación principalmente con la vivienda habitual que se ha compartido, dado que no siempre se reconocen legalmente derechos sucesorios en la herencia del conviviente fallecido.

Se trata de un negocio jurídico de naturaleza compleja, de amplia tradición consuetudinaria¹³ y notarial. Pujol Capilla¹⁴ lo define como “el negocio jurídico realizado entre los cónyuges, regidos por el régimen de separación o participación, por el que se estipula entre los contratantes la cotitularidad en mano común de un bien que adquieren conjuntamente durante la vida de ambos, quedando la propiedad exclusiva para el cónyuge superviviente”.

De este modo, los convivientes adquieren onerosamente¹⁵ un bien de naturaleza mueble o inmueble —casi siempre la vivienda habitual—. Se conviene que tras el fallecimiento de uno de ellos, el miembro de la pareja que sobrevive adquiera la propiedad de la parte del conviviente muerto, y se vuelve propietario de la totalidad del bien adquirido conjuntamente. Se trata, también, de un contrato accesorio a uno principal, normalmente a un contrato de compraventa, de naturaleza onerosa y aleatoria.¹⁶

¹² La STSJC 13 de febrero de 2003 (RJ, 2003, 4576) había admitido ya la posibilidad de que los integrantes de una pareja estable suscribieran este tipo de contratos. Sobre este extremo, Farnós Amorós, E., “Compras con pacto de supervivencia y uniones estables de pareja”, *Indret*, enero 2004, pp. 1-14. Por su parte, la Resolución de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de Cataluña de 23 de noviembre de 2005 acuerda inscribir el pacto de supervivencia entre una pareja estable y revocar la nota de calificación del registrador. La manifestación de los compradores en la misma escritura pública de vivir en una unión estable de pareja es una declaración solemne que sirve para acreditar aquella condición a los efectos del otorgamiento de la escritura pública y su inscripción.

¹³ Se positiviza con motivo de la Ley 40/1960, de 21 de julio, por la cual se promulga la Compilación del Derecho civil de Cataluña, en los artículos 61 y 62. Posteriormente, con la modificación operada en materia de relaciones matrimoniales entre cónyuges por Ley 8/1993, del 30 de septiembre, las adquisiciones con pacto de supervivencia se regulan en los artículos 24 y 25 de la Compilación, antecedentes inmediatos de la regulación contenida posteriormente en los artículos 44 a 47 del Código de Familia catalán, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, ya derogado.

¹⁴ Pujol Capilla, P., *La compraventa con pacto de supervivencia*, Barcelona, J. M. Bosch, 2004, p. 131.

¹⁵ Se trata generalmente de compraventas, pero no necesariamente, ya que puede referirse a cualquier transmisión onerosa.

¹⁶ No podemos analizar el tratamiento de las distintas teorías barajadas en torno a la naturaleza jurídica de este tipo de acuerdo. Si bien de modo sucinto nos referiremos a la tesis unitaria considerada como donación *mortis causa*; como un supuesto de sucesión contractual; constitutivo de un fideicomiso contractual; una institución del derecho de familia. Por último, debe aludirse a su consideración como negocio jurídico unitario o por el cual los convivientes excluyen la comunidad de tipo romano, creando una comunidad en mano común. Por su parte, la tesis dualista defiende la concurrencia de dos causas negociales.

Incardinado en el ámbito del derecho de familia, se encuentra ligado tradicionalmente al régimen de separación de bienes entre los cónyuges. Actualmente, en el derecho civil catalán, se incardinan en el régimen económico primario y, por tanto, se admite su estipulación, cualquiera que sea el régimen económico o patrimonial acordado entre los cónyuges. También se admite su celebración entre los futuros esposos, siempre que el matrimonio se celebre en el plazo de un año.

Su régimen jurídico se asienta en una serie de principios que determinan los efectos presentes y futuros de este tipo de acuerdo. Entre ellos, la indisponibilidad de su participación en la comunidad de forma independiente por cada miembro de la pareja a favor de un tercero (donde se exige la disposición conjunta del bien adquirido bajo este acuerdo); la obligación de mantener indiviso el bien adquirido; por último, la prohibición de ejercitar la *actio communi dividendo*, configurada como mecanismo que garantiza la efectividad del acrecimiento en favor del miembro de la pareja que sobrevive.

No existe inconveniente alguno en que se suscriban por parejas en las cuales ninguno de los dos tenga vecindad civil catalana, si bien se ha advertido cómo su admisión en el derecho común puede contravenir la prohibición general que sobre los pactos sucesorios contiene el artículo 1271 del Código Civil. Ello conduciría a incurrir en un auténtico fraude de ley¹⁷ si llegasen a calificarse como actos de disposición sobre la herencia futura. Por mi parte, comparto la opinión de que se trata de un pacto de naturaleza familiar y no sucesoria, lo cual lo excluye del ámbito propio de esta prohibición legal, si bien no es posible eludir el problema que plantea su inscripción en el Registro de la Propiedad fuera de Cataluña.¹⁸

Finalmente, el pacto de supervivencia se extingue por mutuo acuerdo alcanzado durante la vigencia de la convivencia, por cesación de la convivencia (divorcio, nulidad, separación de hecho o judicial), o por adjudicación a favor de un tercero de la mitad del bien, como consecuencia de embargos o del trámite de un procedimiento concursal (como afirma el artículo 231-18 del Código Civil de Cataluña).

4. EL TRATAMIENTO DE LOS ACUERDOS PRURUPTURA DE LA CONVIVENCIA O PROVISORIOS DE LOS EFECTOS DE SU FUTURO CESE

Carentes de regulación en el Código Civil español, ha sido el legislador catalán quien les ha dotado de un minucioso régimen jurídico en el cual destacan

¹⁷ Gómez Gállego, J., “Las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia”, en Bosch, *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia*, 2011, pp. 812 y 813.

¹⁸ PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, p. 58.

los requisitos exigidos para su validez. Por su parte, la remisión que realiza el artículo 234-5 al 231-20 del Código Civil de Cataluña, en sede de crisis conyugales, determina su operatividad, tanto en parejas casadas como no casadas, e impone los mismos límites para ambas convivencias

Su origen se encuentra en los *prenuptial agreements* norteamericanos,¹⁹ conocidos como pactos prenupciales,²⁰ que constituyen la gran novedad, según se declara en el propio Preámbulo de la Ley 25/2010, del 29 de julio. Su finalidad es prevenir la judicialización de las crisis convivenciales²¹ y anticipar (conocer y aceptar) los efectos de una futura ruptura de antemano.²²

Es necesario que se otorguen antes de que se produzca la crisis convivencial, de modo que son acuerdos *pro futuro* o de carácter prospectivo,²³ es decir, provisorios de los efectos del futuro cese de la convivencia, ya proceda del mutuo acuerdo o de la imposición unilateral de uno de los miembros de la pareja. Sin embargo, en función de una u otra causa, pueden acordarse efectos diferentes. En todo caso, su eficacia se encuentra condicionada a que se produzca el cese de la convivencia de forma efectiva.

4.1 Requisitos legales

El artículo 231.20 del Código Civil de Cataluña establece los requisitos de validez dirigidos a garantizar la formación integral de la voluntad de los otorgantes. Estos requisitos son:

- Otorgamiento en escritura pública o en capítulos matrimoniales. Si son antenupciales se impone como requisito para su validez que sean otorgados antes de los treinta días anteriores a la celebración del matrimonio. Este término no se aplica a las convivencias estables en pareja.
- Asesoramiento legal independiente llevado a cabo por notario.
- Reciprocidad y claridad en la formulación de los derechos objeto de limitación o renuncia.

¹⁹ Vega Sala, F., “Comentario al artículo 231-20 del Código civil de Cataluña”, en Roca Trías, Sepin (coord.), *Persona y Familia*, Libro segundo del Código civil de Cataluña, Madrid, 2011, p. 643. Anguita Villanueva, L. A., “Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de Familia*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 273-330.

²⁰ Sobre los aspectos de derecho comparado Ginés Castellet, N., “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011, pp. 2578 y 2579.

²¹ Vega Sala, F., *op. cit.*, p. 643.

²² La ruptura se produce por el cese de la convivencia, por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

²³ García Rubio, P., “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 2003, p. 1655.

- Información suficiente de la situación patrimonial de los miembros de la pareja.

La falta de alguno de estos requisitos puede conducir a la declaración de su ineficacia.

4.1.1 *Requisitos formales*

La exigencia legal de escritura pública parece excluir que puedan formalizarse en un documento privado. Llama poderosamente la atención el férreo control al que se ven sometidos, en clara contradicción con la regla general de libertad de forma en la contratación. Pueden considerarse, entonces, como negocios jurídicos solemnes²⁴ en cuanto que la forma se constituye como un requisito más para su eficacia.

El carácter constitutivo de la forma encuentra su apoyo en la necesidad de garantizar la válida prestación del consentimiento contractual,²⁵ de manera libre, consciente, expresa y concluyente. El contenido típico de estos contratos es, con frecuencia, la renuncia o limitación de los derechos económicos reconocidos legalmente.²⁶ Se trata de un requisito específico, con el cual se pretende prevenir situaciones de captaciones de voluntad, que pueden ser más incisivas cuando se hacen bajo la condición de que lleguen a producirse.

Según dispone el artículo 231-20-2 del Código Civil de Cataluña, el notario está obligado a informar por separado del alcance de las modificaciones que pretenden incorporarse en relación con el régimen legal supletorio (artículos 234-7 a 234-14 del Código Civil de Cataluña, en relación con las convivencias estables en pareja), y advertir del deber recíproco de proporcionarse la información suficiente para conocer su situación patrimonial, así como las expectativas económicas o previsiones de futuro. Seguramente con esta labor de asesoramiento y advertencia se pretende aminorar el riesgo que supone la ausencia de cualquier tipo de control judicial de su legalidad. Al mismo tiempo, cumple la función de prevenir posibles pactos abusivos, que dejen a uno de los convivientes en situación de desigualdad económica y personal, frente a la posición de superioridad que ocupa el otro, en contra

²⁴ Ginés Castellet, N., *op. cit.*, p. 2593.

²⁵ STS 31 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3137, F. D. 3-4). También la srtsj de Cataluña, 12 de julio de 2012 (RJ 2012, 10025), declara en tal sentido: “Ahora bien, tocante a los requisitos de la misma y en atención a los intereses en juego —que en la actual legislación han sido objeto de consideración muy precisa (art. 231-20 CCCat)—, consideramos que en el contexto normativo considerado sólo era posible su otorgamiento válido y eficaz en capítulos matrimoniales (art. 15.1 CF) y, por tanto, en escritura pública con virtualidad constitutiva (art. 17.1 CF), porque, al margen de su eventual acceso a los registros oficiales (RDGN 4/2003 de 19 de junio, RJ 2003, 6172), dicha forma era la más apropiada para garantizar la libre formación de la voluntad de los cónyuges otorgantes, especialmente en una materia (art. 41 CF) que afecta al régimen económico matrimonial primario”.

²⁶ En contra, Martínez Escribano, C., “Los pactos...”, *op. cit.*, p. 352.

de lo que sucede con los acuerdos postconvivenciales, incorporados en un convenio regulador, que requieren homologación judicial *ex* artículo 90 del Código Civil. Pienso, no obstante, que hubiera bastado la exigencia legal de escritura pública, sin más precisiones (que sólo encuentran su justificación en la prevención de acuerdos abusivos).²⁷

No se exige asistencia letrada, a diferencia de lo que sucede con los pactos suscritos tras el cese de la convivencia que no se incorporan a un convenio regulador.²⁸ Ello a pesar de que el notario no puede llevar a cabo ningún tipo de negociación para conciliar intereses,²⁹ presupuesta su posición neutral.

Las funciones concretas que se encomiendan expresamente al notario son la función de informar, es decir, asesorar a las partes sobre las modificaciones que incorporan los acuerdos en relación con los derechos legalmente reconocidos;³⁰ la obligación de advertirles sobre la exigencia legal de información recíproca de la situación patrimonial actual, cuando fuere relevante, y sobre las expectativas económicas que en ese momento pudiera corresponder a cualquier de los convivientes o futuros contrayentes. La información de las modificaciones que se incorporan en los acuerdos, respecto al régimen legalmente establecido, y la mutua información de la situación patrimonial de los miembros de la pareja, constituyen dos elementos esenciales para impedir la futura impugnación de dichos acuerdos, y las bases en las cuales se apoya la eficacia de esta tipología de acuerdos en Reino Unido.³¹

4.1.2 Reciprocidad de los pactos de exclusión o limitativos de derechos

El artículo 231-20.3 del Código Civil de Cataluña dispone: “Los pactos de exclusión o limitación de los derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia”. Este requisito se refiere a la necesidad de que ambos miembros de la pareja realicen la renuncia o limitación de los derechos. No implica una exhaustiva

²⁷ Vega Salas, F., *op. cit.*, p. 647.

²⁸ Véase artículo 233.5.2 del Código Civil de Cataluña.

²⁹ Lamarca Marqués, A., *op. cit.*, p.15.

³⁰ Lamarca Marqués, A., *op. cit.*, p.15.

³¹ La sentencia de la *Supreme Court of the United Kingdom*, del 20 de octubre de 2010, se basa en el caso de Radmacher vs. Granatino. Se trataba de un contrato prenupcial entre una ciudadana alemana y un ciudadano francés (éste con un nivel económico muy inferior al de aquélla), en el cual se acuerda que en caso de muerte o divorcio ninguno de ellos podrá exigir ningún tipo de prestación económica a cargo del patrimonio del otro. No consta cláusula alguna que atempere tales efectos en función del nacimiento futuro de hijos comunes o en atención a la situación de necesidad de ambos cónyuges. La *Supreme Court* sintetiza la actual tendencia en relación con los contratos prenupciales y postnupciales en el párrafo 75; declara: “La Supreme Court debe otorgar eficacia a un acuerdo matrimonial acordado libremente por las partes con pleno conocimiento de sus implicaciones, excepto que en las circunstancias actuales, en el momento de su consideración, las partes se encontraran en una situación de injusticia”. Sobre esta sentencia puede consultarse Scherpe, J. M., *op. cit.*, pp. 1-23. Véase también Gaspar Lera, S., “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés”, *InDret*, julio, 2012, pp. 1-25.

igualdad, en el sentido de una aplicación cuantitativa o porcentual, sino que se refiere a los “criterios o reglas de la participación en los rendimientos obtenidos por el otro”.³²

No obstante, puede tratarse de convivencias estables en las cuales uno de sus miembros tenga cubiertas plenamente sus necesidades futuras, en cuyo caso, siempre que no se cause perjuicio alguno al otro, puede renunciarse o restringirse determinados derechos de forma unilateral.³³ En todo caso, se exige que la renuncia sea expresa, inequívoca y clara, en cuanto a los términos de su formulación y su objeto. Al mismo tiempo, estas renunciaciones no pueden ser objeto de una interpretación extensiva; no tienen cabida, en ningún caso, limitaciones o renunciaciones genéricas o ambiguas. En atención precisamente a este principio de reciprocidad, cabe admitir la validez jurídica del pacto de mutua renuncia a los efectos previstos legalmente que pudieran resultar de aplicación a los convivientes.

Los pactos que contienen la renuncia a percibir futuras atribuciones económicas en concepto de indemnización o compensación por desequilibrio económico o por razón del trabajo desempeñado por uno de los convivientes se encuentran prohibidos por algunas leyes autónomas reguladoras de las convivencias estables en pareja, si se suscriben de manera anticipada.³⁴ Su validez se admite cuando se acuerdan una vez producida la ruptura, es decir, desde el momento en que aquellas puedan ser exigidas.³⁵

Sin embargo, pensamos, con García Rubio, que debe sostenerse su disponibilidad *ex ante*,³⁶ tomando en consideración la admisión de las estipulaciones que tienen por objeto derechos futuros *ex* artículo 1271 del Código Civil, siempre con el límite infranqueable de que no se coloque a ninguno de los miembros de la pareja en una situación de auténtica vulnerabilidad económica, apreciada al tiempo de su aplicación. En cuanto a la renuncia anticipada de derechos sucesorios que pudieran corresponder a favor del

³² Allueva Aznar, L., “Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial”, Comentari a la STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal, Secc. 1ª) de 12 de julio de 2012, *InDret* 1/2013, p. 10. Serrano Nicolás, A., “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, en Bosch, *El Nuevo Derecho de la Persona y de la Familia*, Barcelona, 2011, p. 368, aclara que: “la reciprocidad no implica participación con idéntico porcentaje en toda clase de negocios, actividades, ganancias, incrementos etcétera; ni tampoco en todos los rendimientos, sean o no especulativos, personales o profesionales, pero, por el contrario, sí exige igualdad o equivalencia de reglas o criterios, sea por razón de la naturaleza de los negocios, de las cuantías a recibir por cada uno del otro o del origen (sean o no heredados o que requieran de específica titulación o riesgo especulativo)”.

³³ La STS del 31 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3137) declara en el F. D. 4 que aunque el contrato genera obligaciones sólo para el marido, “no es indicio de ninguna anomalía contractual”.

³⁴ Se admite su renuncia anticipada en la STSJ de Cataluña, el 12 de julio de 2012 (RJ 2012, 10025).

³⁵ Artículo 5.1 de la Ley Foral de Navarra, de igualdad jurídica de parejas estables. También el artículo 4 de la Ley de Parejas Estables de las Islas Baleares.

³⁶ García Rubio, M. P., *op. cit.*, p. 1662. Rebollo Valera, A. L., *op. cit.*, p. 749. Cabezuelo Arenas, A. L., “Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria”, *Anzadi Civil*, (BIB 2002, 1843). Se cuestiona su validez por cuanto que se trata de un factor que influye en la decisión de continuar o poner fin a la convivencia.

conviviente supérstite, ello es posible si ésta se enmarca en la sucesión contractual, admitida en los derechos forales, cumplidas las exigencias formales.

4.1.3 Información suficiente de la situación patrimonial

El artículo 231-20.4 dispone: “El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto de 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 pacto”.

Se exige acreditar que la otra parte estaba informada de la situación patrimonial general de su pareja, sobre los ingresos y expectativas económicas en el momento de suscripción del pacto, siempre que dicha información resulte de interés en orden al contenido del acuerdo. Parece excluirse la obligación de prestar información detallada; es suficiente con dar conocimiento aproximado de la situación patrimonial. Sin embargo, de cara a dar cumplimiento a esta obligación legal, cabría plantearse la conveniencia de detallar la información suministrada si no se quiere que el acuerdo devenga ineficaz. De este modo, el conviviente que quiera hacer valer el pacto en previsión de una ruptura de la convivencia asume la obligación de probar que el otro miembro de la pareja estaba informado de su estado patrimonial, así como de sus expectativas económicas.

Lamarca³⁷ afirma que esta exigencia “se conoce como *full disclosure* o «revelación completa de información patrimonial»”. Para dar cumplimiento exacto a esta obligación, no se precisa la constitución de un inventario. Plantea mayores problemas prácticos determinar el alcance de la obligación de informar de las expectativas económicas o de mejora patrimonial de los miembros de la pareja, incluyendo las que provienen del desempeño profesional, como la previsión de un ascenso o un cambio inminente de cargo que tenga consecuencias relevantes. No será necesario, sin embargo, informar de los cambios que económicamente se esperan y que tienen origen estrictamente familiar.

De todos modos, hablar de expectativas económicas resulta siempre ambiguo y subjetivo. Por tanto, se debe distinguir entre aquellas circunstancias que acontecerán con carácter más o menos inmediato, de aquellas que pueden llegar a cumplirse, así como de las circunstancias verdaderamente relevantes, de las que no lo son. Así, al establecerse esta obligación sólo cuando sea relevante, parece que no se precisa cuando se trata de una economía modesta y con expectativas económicas medias o moderadas, en cuyo caso ni siquiera se acudiría a este tipo de instrumentos negociales. Por el contrario, puede resultar trascendental en relación con aquellas parejas en las cuales

³⁷ Lamarca Marqués, A., *op. cit.*, p. 17.

uno de los miembros se encuentra en una situación de evidente superioridad económica; en estos casos se entiende mejor el alcance y operatividad de la renuncia en relación con los derechos legales que pudieran corresponderle al otro miembro de la pareja.

4.2 *Contenido*

Puede ser muy variado. Atendiendo al contenido patrimonial³⁸ se distingue:

a) Pactos relativos a la fijación de alimentos a favor de los hijos, pensiones compensatorias por desequilibrio patrimonial o por razón del trabajo desempeñado en el hogar o en la empresa familiar, alimenticias o indemnizatorias a favor de uno de los convivientes.

Entre los pactos provisorios de los efectos jurídicos del cese de la convivencia, se encuentran aquellos referidos a la fijación de alimentos a favor de los hijos y la contribución a los gastos extraordinarios, tanto respecto a la cuantía, como a los criterios para su cálculo. También pueden formar parte de su objeto la fijación de pensiones compensatorias³⁹ a favor de un conviviente, ante la existencia de un desequilibrio económico producido tras la ruptura o el cese de la convivencia; con ocasión de compensaciones por razón del trabajo que se desempeña en el hogar o en la empresa familiar, que excedan de la mera obligación de contribuir al levantamiento de cargas, y que son consecuencia de que uno de los miembros haya trabajado sustancialmente más que el otro, o para el otro, sin retribución o cuando ésta resulte insuficiente,⁴⁰ y siempre que en el momento del cese de la convivencia uno de ellos haya obtenido un incremento patrimonial superior, de acuerdo con las reglas de cálculo que incorpora el artículo 232-6 del Código Civil de Cataluña. También pueden pactarse para el supuesto de que alguno de los progenitores vea mermada su capacidad para obtener ingresos tras el cese de la convivencia, como consecuencia de acordarse que éste quedará al cuidado de los hijos comunes.

³⁸ Puntualiza Gaspar Lera, S., *op. cit.*, p. 7, que los acuerdos prematrimoniales en Reino Unido sólo pueden tener un contenido de naturaleza económica (*financial affaire*).

³⁹ El derecho catalán no reconoce la pensión compensatoria a favor de los convivientes, aunque sí la llamada prestación alimenticia y la compensatoria por razón de trabajo. Si se reconoce en el artículo 310 del Decreto Ley de Derecho Civil aragonés con un plazo de ejercicio de un año a partir de la extinción de la pareja estable no casada, “ponderándose equilibradamente en razón de la duración de la convivencia”.

⁴⁰ El artículo 234-9 del Código Civil de Cataluña dispone: “1. Si un conviviente ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro o ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento del cese de la convivencia el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior, de acuerdo con las reglas del artículo 232-6.

2. Se aplica a la compensación económica por razón de trabajo lo establecido en los artículos 232-5 a 232-10”.

No existe ningún inconveniente en fijar el derecho a una pensión por razón del trabajo realizado en la empresa familiar, desempeñado por uno de los convivientes, sin retribución o retribución insuficiente, utilizando el soporte de los protocolos familiares, pues la ruptura de pareja es una de las cuestiones (junto a las sucesorias) que más inciden en la empresa familiar.

Es cierto que la pensión por razón del trabajo desempeñado debería estar llamada a desaparecer ante la progresiva implantación del principio de autosuficiencia económica y laboral de los convivientes. No debe descartarse, sin embargo, que en nuestro actual contexto económico —con un elevado índice de desempleo que afecta en mayor medida a las mujeres, quienes además perciben salarios más bajos—, proliferen los acuerdos económicos que favorecen a quienes se ven obligadas a hacerse cargo de las obligaciones domésticas, ante la falta de una auténtica alternativa laboral.

En relación con las atribuciones alimenticias e indemnizatorias, debe partirse de la consideración de que mientras que las primeras se fundamentan en el estado de necesidad de uno de los miembros de la pareja, las segundas se basan en la voluntad de resarcir el incumplimiento de los deberes asumidos *ex voluntate*, como puede ser el deber de fidelidad.⁴¹

La prestación de alimentos a favor de uno de los convivientes o de los hijos menores puede determinarse conforme a los pactos que sobre este extremo pueden llegar a convenir los miembros de la pareja. No obstante, se encuentran doblemente limitados por el principio de prevenir situaciones de auténtica vulnerabilidad económica, así como por el principio del interés superior del menor. De este modo, el juez no queda vinculado por el contenido de estos acuerdos, si en el momento de su aplicación se vulneran estos principios. Esta es la perspectiva que ofrece el artículo 233-5.3 del Código Civil de Cataluña.

En cuanto a la estipulación de atribuciones indemnizatorias, podemos imaginar una cláusula en la cual se acuerda indemnizar a uno de los convivientes con una cuantía determinada por los años que dura la convivencia o de la aplicación de un porcentaje que aumenta por cada año de convivencia. Considero que este tipo de cláusulas son nulas si rompen el principio de igualdad y se suscriben a la vista del beneficio económico exclusivo de uno

⁴¹ Ginebra Molins, M. E., “Compensació per raó treball en cas d’extinció del règim per mort: aspectes familiars y sucesoris”, Ponència a les xviienes Jornades de Droit Català a Tossa, 20 y 21 de septiembre, 2012. Disponible en: http://civil.udg.edu/tossa/2012/textos/pon/3/Jornades_Tossa_2012_Lamarca.pdf

De Amunátegui Rodríguez, C., “Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, T. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 223-243.

solo de los miembros de la pareja,⁴² en clara contradicción con el principio de reciprocidad que debe presidir las relaciones patrimoniales de pareja.

Por el contrario, entiendo que debe declararse la validez de los acuerdos que atribuyen el derecho a percibir rentas periódicas, con independencia de que concurran los requisitos legales, así como los acuerdos de atribución del dominio o el usufructo de determinados bienes, como medio de pago.

b) Pactos relativos a la atribución de la vivienda y del ajuar doméstico. Referencia al derecho catalán.

Prevalece en esta materia la primacía del régimen convencional en la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de los hijos o de uno de los miembros de la pareja. Puede fijarse el marco temporal de esta atribución, así como las causas que le ponen fin. La capacidad negocial de la pareja en este punto se encuentra, como siempre, sometida a dos límites: el interés superior de los menores y el principio de protección del conviviente con intereses más sensibles.

De este modo, puede atribuirse el uso de la vivienda familiar al conviviente que no tenga la guarda de los hijos menores, si es el interés más digno de protección, o cuando el conviviente no beneficiario dispone de recursos económicos suficientes para cubrir la necesidad de vivienda, para sí y para los hijos comunes.⁴³ Las partes pueden someter esta atribución a los límites temporales que determinen, así como acordar prórrogas, si perduran las circunstancias que dieron origen a dicha atribución.

Se admiten distintas modalidades de acuerdos sobre el uso, como la atribución de una vivienda distinta a la familiar, siempre que sea idónea para satisfacer la necesidad del progenitor y los hijos comunes que con él convivan,⁴⁴ o mediante el pago de cuantías periódicas suficientes para atender la necesidad de vivienda. También es posible un acuerdo que consista en la permuta de usos; así, se atribuye la vivienda familiar a favor de uno de los miembros de la pareja, a cambio de que éste ceda el uso de una vivienda de su propiedad a favor del otro.⁴⁵

⁴² En la SAP de Almería, 17 de febrero de 2003 (RJ 2003, 9804) se declara la nulidad de una disposición prenupcial por la cual el marido, de nacionalidad española, asumía la obligación de indemnizar a la esposa, de nacionalidad rusa, en caso de cese de la convivencia conyugal, con una cuantía determinada, si el cese de la convivencia tenía lugar durante el primer año, incrementándose en una cuantía fija más por cada mes adicional de convivencia. La sentencia califica esta estipulación de cláusula penal que beneficia exclusivamente los intereses de la esposa; por tanto, es una cláusula que tiene el efecto práctico de disuadirle de poner fin al matrimonio.

⁴³ Véase artículo 233-20.4 del Código Civil de Cataluña

⁴⁴ El artículo 233-20.6 declara que “La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos”.

⁴⁵ Cabezero Arenas, A. L., “La atribución del uso de las segundas residencias en los procedimientos matrimoniales”, BIB, 2012, 2992, comentando la sts 9 de mayo 2012 (RJ 2012, 5137).

La distribución temporal del uso de la vivienda resulta coherente con la regla general de la custodia compartida, reconocida en algunos derechos forales, y que puede llegar a reducir considerablemente los supuestos de atribución permanente de la vivienda a favor de uno de los miembros de la pareja. Así, se convierte en vivienda “nido”, en beneficio de los hijos menores. Esta modalidad se recomienda también en supuestos en los cuales la pareja no tiene hijos, o que no conviven ya con ninguno de los progenitores, constatándose la posición igualitaria entre las partes. Por otro lado, esta forma de distribución del uso de los bienes comunes puede resultar de lo más equitativa, si, como sucede en el momento actual, la salida de la vivienda al mercado inmobiliario presenta muchas dificultades.

Queda plantearse la validez de dos tipos de acuerdos: aquel en el cual se condiciona el uso a la exigencia de convivir de forma permanente con otra persona, y el que tiene por finalidad la distribución material de la vivienda familiar. El primero de ellos puede parecer contrario a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, pese a lo cual debe sostenerse su plena validez jurídica en el marco de la actual regulación.⁴⁶ En este sentido, se previene también como causa que determina la pérdida de la pensión compensatoria.⁴⁷ Respecto al segundo de los pactos señalados, no existe inconveniente legal en su admisión, siempre que se respeten los intereses de las partes y no sea una fuente de nuevos conflictos.⁴⁸

Resulta especialmente significativa la referencia legal a que la atribución de la vivienda deba computarse como pago de los alimentos debidos a los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o en el pago de la pensión compensatoria.⁴⁹ La atribución del uso se concibe, así, como una auténtica prestación *in natura*, de naturaleza alimenticia. Por tanto, queda claro que el valor económico de esta atribución⁵⁰ debe computarse para fijar de forma definitiva la prestación alimenticia a favor de los hijos o del conviviente beneficiario.

Por otra parte, la atribución del uso de la vivienda no impide los actos de disposición sobre la vivienda habitual por el propietario o el titular de un

⁴⁶ Artículo 233-24.b) del Código Civil de Cataluña, por remisión expresa del artículo 234-8.4.

⁴⁷ Véase el artículo 101 del Código Civil.

⁴⁸ En sede de crisis matrimonial, admite esta posibilidad la STS 30 abril 2012 (RJ 2012, 5235). Se ordena así la división material de la vivienda por plantas en atención al interés de los menores y del progenitor no custodio, propietario del inmueble y del taller que tenía en la planta baja de la vivienda.

⁴⁹ Véase artículos 233-20.7 y 234-8.3 del Código Civil de Cataluña, en sede de parejas casadas y no casadas, respectivamente. El primero afirma: “La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge”.

⁵⁰ Caso Señal, M., “Comentario al art. 233-20 del libro segundo del Código civil de Cataluña”, en Encarnación Roca Trías (coord.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código civil de Cataluña*, Madrid, Sepin, 2011, p. 911.

derecho real, siempre a salvo el derecho de uso, tal y como dispone el artículo 233-25, que declara: “El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial previa, sin perjuicio del derecho de uso”. Esta norma disiente de lo previsto en el artículo 96 del Código Civil *in fine* que exige el consentimiento dual o, en su defecto, autorización judicial.

c) Pactos sobre liquidación y adjudicación de bienes comunes.

Deben incluirse los acuerdos referidos a la liquidación total o parcial de los bienes comunes o al establecimiento de las reglas para llevarla a cabo, así como para la adjudicación de los mismos tras el cese de la convivencia.⁵¹

Una última cuestión que merece ser tratada: la validez jurídica del pacto en virtud del cual el conviviente se compromete a donar la propiedad de la vivienda habitual en favor de la mujer o de la mujer y los hijos comunes tras el cese de la convivencia. Esta cuestión constituye el telón de fondo de la sentencia de 24 de enero de 2008,⁵² cuya doctrina se encuentra reiterada, entre otras, por STS 31 de marzo de 2011⁵³ y STS 12 de julio de 2010.⁵⁴ En ella se declara la invalidez de una promesa de donación, que tiene por objeto la vivienda familiar, por considerarse incompleta, carente de efectividad, si no se ve acompañada de la acción o realización del acto del donante, la necesaria aceptación por parte del donatario y la forma exigida legalmente.

Finalmente, cuando estos pactos de futuro tienen por objeto la organización de las relaciones entre los hijos con sus progenitores, pueden declararse ineficaces cuando sean contrarios a su interés o al tiempo de su aplicación.⁵⁵ Debe considerarse circunstancia sobrevenida relevante, la condena en sentencia firme por violencia de género o doméstica de uno de los progenitores posterior a la suscripción de dichos acuerdos, circunstancia especialmente grave que determinará la ineficacia del acuerdo en torno a los aspectos relacionados con la guarda y custodia de los menores y otras cuestiones en

⁵¹ El artículo 172 de la Ley gallega 2/2006, del 14 de junio, en sede de capitulaciones matrimoniales declara: “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 conyugal”.

⁵² STS 24 de enero 2008 (RJ 2008, 218).

⁵³ STS 31 marzo 2011 (RJ 2011, 3137).

⁵⁴ STS 12 de julio 2012 (RJ 2012, 10025).

⁵⁵ En este sentido, el artículo 233-5.3 del Código Civil de Cataluña, en su párrafo tercero, declara: “Los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos, sólo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento”. Sobre este aspecto, véase Vidal Teixidó, A., “Comentario al art. 233-11 del Código civil de Cataluña”, en Roca Trías (coord.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código civil de Cataluña*, Madrid, Sepin 2011, p. 879. Por su parte, el artículo 4.4 de la Ley 5/2011 de la Comunitat Valenciana, del 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos y las hijas cuyos progenitores no conviven, dispone a tal efecto: “El pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal”.

relación con los mismos, en aras del principio del interés superior del menor⁵⁶ al cual responde también el artículo 92.7 del Código Civil.

5. PACTOS POSCONVIVENCIALES

Con la finalidad de acordar los efectos del cese de la convivencia en pareja, adquieren plena validez y eficacia jurídica si reúnen los requisitos previstos en el artículo 1261 del Código Civil. Estos acuerdos en sede de crisis conyugales o convivenciales pueden tener repercusión, tanto en la esfera personal como en la patrimonial. Pueden tener el mismo contenido que los acuerdos provisorios ya analizados, si bien conviene recordar cómo estos no participan de la naturaleza condicional de estos últimos.

5.1 Acuerdos en el ámbito familiar

Pueden ordenar el régimen de convivencia de los hijos con los progenitores, el tiempo de dedicación de cada progenitor, el régimen de visitas familiares, de intercambios, de distribución de los periodos vacacionales, prestación de cuidados concretos, derecho de comunicación con los progenitores y otros parientes, lugar de residencia y cuestiones más específicas relativas a la educación y crianza de los hijos menores.

Como muestra de la implantación progresiva del principio de autonomía de la voluntad en esta materia, merecen ser destacados el Plan de Parentalidad, regulado en el artículo 233-9 del libro segundo Código Civil de Cataluña, el Pacto de Relaciones Familiares, *ex* artículo 77 del Código del Derecho Foral de Aragón,⁵⁷ y el pacto de convivencia familiar, regulado en el artículo 4 de la Ley 5/2011, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos y las hijas cuyos progenitores no conviven.⁵⁸ Sin embargo, este tipo de pactos no se deja enteramente al arbitrio de los particulares, sino que requieren, en cuanto a las cuestiones esenciales referidas a los menores (custodia, educación, alimentos y vivienda), de la correspondiente aprobación judicial, en garantía de sus derechos. Por tanto, no vinculan al juez, quien tiene la

⁵⁶ STS 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 7257).

⁵⁷ Aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo (LARG, 2011,118). En torno a esta Ley puede consultarse Castilla Barea, M., “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”, *Revista Aranzadi Civil Doctrinal*, núm. 7-2010, pp. 105-152.

⁵⁸ Estos pactos no se dejan enteramente a la libertad de las partes por cuanto que requieren de la aprobación judicial, lo que sucederá, en todo caso, en tanto que no resulten contrarios a las normas imperativas o al interés supremo de los menores o al principio de igualdad entre los hermanos. Son pactos que pretenden ajustarse a las necesidades familiares particulares, si bien sometidos a una supervisión judicial en garantía de los derechos de los menores. Sobre el llamado Plan de Parentalidad, véase Barrada Orellana, R., “El plan de parentalidad”, en R. Barrada, M. Garrido, S. Nasarre (coords.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 707-733.

potestad discrecional de apartarse de ellos si resultan contrarios a su interés. La aprobación judicial se configura, así, como *conditio iure*, para su eficacia.⁵⁹

5.2 Acuerdos en el ámbito patrimonial

Merecen en este punto expresa mención los contratos de liquidación del régimen patrimonial, división de bienes comunes, valoración y adjudicación de bienes; contratos de alimentos a favor del conviviente; los acuerdos relativos a la atribución de la vivienda habitual y la determinación de atribuciones compensatorias por razón de trabajo. Destacan los contratos relativos a la determinación de cuantías de naturaleza indemnizatoria, por las causas determinadas por las partes, y como consecuencia del incumplimiento de los deberes asumidos voluntariamente, o la atribución de cuantías económicas de distinta naturaleza, cuando exista un desequilibrio patrimonial acreditado entre los miembros de la pareja.

El derecho catalán regula de forma detallada el régimen jurídico de los pactos alcanzados tras la ruptura de la convivencia. Establece los efectos de la extinción de la misma. El artículo 234-6 del Código Civil de Cataluña, en sede de convivencias estables en pareja, permite que estos acuerdos se incorporen en una propuesta de convenio regulador, aprobado por la autoridad judicial, siempre a instancia de los dos miembros de la pareja, o de uno de ellos, con el consentimiento del otro. En esta propuesta de convenio, deben incluirse todos los efectos de la extinción en relación con los convivientes y con los hijos comunes.

Los acuerdos alcanzados por ex convivientes que no se incorporen a la propuesta de convenio regulador son válidos y vinculan a las partes como cualquier negocio jurídico, de conformidad con lo que establece el artículo 233-5.1 del Código Civil de Cataluña, aunque se admite la posibilidad de dejarlos sin efecto en el plazo de los tres meses siguientes a la fecha en que fueron adoptados, a instancia de cualquiera de las partes, si se hubiesen suscrito sin la concurrencia de asistencia letrada, prestada de forma independiente para cada uno de los miembros de la pareja.⁶⁰ Su finalidad reside en conseguir la prestación de consentimientos debidamente informados.

6. LÍMITES

Estamos ante una materia que bascula entre la protección de dos principios: la primacía de la autorregulación y la protección del orden público familiar, por lo que parece conveniente referirse a sus límites. Así, resultan de

⁵⁹ Heras Hernández, M. M., “La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores que no viven juntos”, *La Ley Derecho de Familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, núm. 5, enero, 2015, pp. 14-23.

⁶⁰ Véase artículo 233-5.2 del Código Civil de Cataluña.

aplicación los generales del artículo 1255 del Código Civil. Deben declararse nulos todos los acuerdos que vulneran normas imperativas o que tengan por objeto materias indisponibles. También se aplican los que impone el respeto a los principios que constituyen el orden público familiar, que en modo alguno pueden quebrantarse por voluntad de sus otorgantes, como el principio de libertad y dignidad de la persona; el principio de igualdad y reciprocidad entre los convivientes; el principio de equidad y de solidaridad familiar,⁶¹ así como el principio de protección del interés superior de la familia y de los menores.

Centrándonos en los acuerdos que inciden en la esfera personal, deben reputarse nulos aquellos que vulneran derechos fundamentales⁶² o libertades públicas, así como el principio de igualdad entre los convivientes.⁶³ Sin ánimo de exhaustividad, resulta interesante ilustrar este extremo haciendo uso de la casuística, apuntando alguno de los acuerdos que rebasan los límites señalados. Entre ellos cabe incluir los pactos de renuncia o restrictivos del derecho a relacionarse con los hijos menores; los que prohíben formar una pareja futura estable; los que imponen algún tipo de prohibición respecto al lugar donde vivirá uno de los convivientes tras la ruptura de la convivencia, o aquellos que exigen la autorización del ex conviviente para cambiar de domicilio o residencia. Este tipo de pactos van en contra del libre desarrollo de la personalidad,⁶⁴ o limitan la libre elección del domicilio, en contra de lo establecido en el artículo 19 del CE.⁶⁵

Se considera nulo el pacto en virtud del cual se especifican las causas de cesación de la convivencia, pues esta “causalización convenida” supone la ruptura del principio básico de libertad para poner fin a la misma, considerado como valor supremo del orden público familiar, al tiempo que rompe con la tendencia legal imperante, basada en la voluntariedad para poner fin a una relación de pareja. De igual modo, carecen de validez aquellos pactos que incorporan a la convivencia cualquier tipo de condición o término, como la exigencia de un número mínimo o máximo de años de convivencia.⁶⁶ El

⁶¹ Bargelli, E., “L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2001, p. 313.

⁶² Por ejemplo, el pacto por el cual se permite a cualquiera de los miembros de la pareja simultanear su convivencia con otra convivencia estable, pues ello vulneraría el principio de dignidad de la persona y el orden público familiar que exige la exclusividad de la relación.

⁶³ Véase artículo 32, CE.

⁶⁴ Véase artículo 10, CE.

⁶⁵ SAP de Madrid 6 de marzo 1998 (AC 1998, 5174). El tema que da origen a esta resolución es una estipulación inserta en un convenio regulador por la cual se establece que el cambio de domicilio de la custodia de la menor comporta la atribución automática de la custodia al padre.

⁶⁶ Artículo 307.2 del Código de Derecho Foral de Aragón. En este sentido, se refiere a los pactos prematrimoniales González del Pozo, J. P., “Acuerdos y contratos prematrimoniales” (II), *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 82, septiembre, 2008, p. 3. Martínez de Aguirre, C., *op. cit.*, p. 203; El mismo autor en *Revista de Derecho Privado*, noviembre, 2001, pp. 841-874.

consentimiento no puede condicionarse; debe permanecer libre y voluntario, de la misma manera que se exige para el consentimiento matrimonial.⁶⁷

Como límite actúa, también, el principio de igualdad de trato de los menores entre sí. Deben declararse nulos aquellos acuerdos que tengan como resultado final separar a los hermanos,⁶⁸ salvo que medie causa que justifique tal medida,⁶⁹ como puede ser la expresa voluntad del menor de no convivir con un hermano por evidentes problemas.

Con base en la imposibilidad de alterar convencionalmente y de forma injustificada las relaciones de los progenitores con sus hijos menores, ya se incorporen en pactos en previsión de una futura ruptura de la convivencia, o en pactos alcanzados tras el cese de la misma,⁷⁰ no cabe disponer sobre la patria potestad. Por tanto, deben declararse nulos los acuerdos que supongan la renuncia a su titularidad⁷¹ o a los deberes inherentes a la misma, como todos aquéllos que contengan una delegación definitiva o absoluta a favor del otro conviviente, o a favor de un tercero.

Igualmente, debe declararse la nulidad de los pactos relativos a la asunción del cuidado y custodia de uno o alguno de los hijos comunes en perjuicio del resto, siempre que conlleven la ruptura del principio de igualdad entre los menores en las relaciones con sus progenitores, como los pactos que consisten en elegir el cuidado de un hijo determinado —el menos conflictivo o el más sano, por ejemplo—, en perjuicio de su propio interés y del de los demás.

7. EXTINCIÓN E INEFICACIA

Los convivientes pueden modificar o dejar sin efectos los acuerdos previamente pactados aplicables durante la convivencia en cualquier momento o en atención al señalamiento de circunstancias futuras previamente incorporadas por las partes en los acuerdos (como sucede cuando se pacta la modificación del régimen patrimonial de economías separadas al de comunidad de bienes) o derechos que se adquieran durante la convivencia en vigor condicionado a que se tengan hijos comunes.

Estos negocios jurídicos están sometidos a las reglas generales relativas a la invalidez negocial, de modo que la nulidad tiene cabida ante la ausencia de los elementos esenciales del contrato artículo 1261 del Código Civil o

⁶⁷ Véase artículo 45.2 del Código Civil.

⁶⁸ Véase artículo 92.5 del Código Civil.

⁶⁹ Artículo 233-11 del Código Civil de Cataluña, cuyo ordinal segundo se dispone: “En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias legales lo justifiquen”.

⁷⁰ En cuanto a la facultad de los padres de cambiar a los menores de residencia a un país extranjero debe tomarse en consideración el Reglamento 2202/2003 del 27 de noviembre, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental (LCEur 2003, 4396).

⁷¹ Véase artículo 154 y 156 del Código Civil.

cuando contravengan normas de naturaleza imperativa; también cuando tienen por objeto materias indisponibles. La anulabilidad se reconduce a supuestos incapacidad o concurrencia de vicios en el consentimiento prestado.

En relación con los pactos provisorios del cese o ruptura de la convivencia, procede declarar su ineficacia cuando uno de los convivientes consiga probar que no fue debidamente informado de la situación económica de su pareja o de sus expectativas económicas, o cuando al tiempo de su aplicación sobrevienen circunstancias relevantes e imprevisibles que perjudican gravemente el interés de uno de los convivientes. Este es el sentido del artículo 231-20-5 del Código Civil de Cataluña cuando dispone:

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 sucedido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron.

Se trata de una cláusula *hardship*,⁷² manifestación concreta de la cláusula *rebus sic stantibus*, que permite declarar su ineficacia cuando sobrevienen circunstancias “relevantes”, que no sustanciales o extraordinarias, imprevisibles al tiempo de la suscripción del acuerdo; es decir, que no se hubiesen podido prever razonablemente al tiempo de su perfección. Ello genera un grave perjuicio para uno de los convivientes, como puede ser un desequilibrio económico injusto. Se trata de un mecanismo con el cual se pretende proteger a los estipulantes de sus propios acuerdos, cuando se suscriben mucho tiempo atrás. Las circunstancias sobrevinidas pueden ser de índole personal o patrimonial, como una enfermedad, una situación de dependencia sobrevinida, una situación de paro prolongada o una declaración de concurso. Si el cambio de circunstancias es imputable a uno de los miembros de la pareja, no se cumple el presupuesto legal de imprevisibilidad exigido; así, se descarta, por ejemplo, la mera voluntad de mantenerse desocupado.⁷³

⁷² Estas cláusulas se definen en el artículo 6.2.2 de los Principios de Unidroit. El artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)) establece: “Hay ‘excesiva onerosidad’ (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

⁷³ Guinés Castellet, N., *op. cit.*, p. 2618.

El control de la eficacia de dichos acuerdos es judicial. Cabe advertir cómo la acción para el cumplimiento de este tipo de pactos en parejas que han estado casadas puede acumularse a la nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia; además, puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede véase artículo 233-5.1 del Código Civil de Cataluña). Finalmente, y en relación con los acuerdos relativos a la atribución de la vivienda familiar, si los convivientes estuviesen legitimados a su uso y disfrute, mediando el consentimiento de su titular, la atribución convencional se extingue ante la reclamación seguida por éste.⁷⁴

8. VALORACIÓN FINAL

El objetivo de este trabajo ha sido ofrecer una descripción sistemática de los posibles pactos convivenciales en pareja, suscritos con carácter previo o posterior al cese de la convivencia, y dar a conocer, detalladamente, su regulación, de manera particular en el Código Civil de Cataluña, analizando los límites legales que determinan su alcance y contenido. Además, se han tomado en cuenta las principales aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema.

Haciendo una breve valoración crítica, cabe señalar que las innumerables ventajas ligadas a la suscripción de pactos de planificación de los futuros efectos del cese de la convivencia deben relativizarse si, como sucede, se relacionan con economía holgadas, a menudo de procedencia familiar, que responden, por tanto, a circunstancias preexistentes, como la de que los miembros de la pareja presenten una importante desigualdad económica entre sí.

Por otra parte, la pretendida “desjudicialización”, como principal fundamento a la suscripción de este tipo de acuerdos, se previene, en cierto modo, “desvanecida” si son muchos los casos en los cuales quedan aspectos sin contemplar, o que dan origen a interpretaciones contradictorias. Por lo tanto, acudir a la autoridad judicial está también, prácticamente, garantizado.

A su vez, el contenido propio de estos acuerdos está relacionado con cuestiones trascendentales, como la pensión alimenticia a favor de los hijos menores, custodia, régimen de convivencia o vivienda, que requieren de la correspondiente aprobación judicial, como requisito de validez, a fin de que el interés de estos menores quede suficientemente garantizado.

Por otra parte, si este tipo de pactos encuentran su escenario natural tras la ruptura de la convivencia, frecuentemente se verán incorporados a un

⁷⁴ De este modo, el título de ocupación basado en el acuerdo entre las partes no modifica la situación inicial de precario, ni impide al tercero, propietario afectado, reclamar su derecho de propiedad. En relación con este extremo, la STS 18 de enero 2010 (RJ 2010, 1274) es especialmente significativa por la existencia de voto particular en contra del fallo.

convenio regulador, para que a través de la homologación judicial se realice un control mínimo de su legalidad. En todo caso, si la progresiva “contratualización” de las relaciones de familia y de pareja da cabida al predominio de los intereses particulares de cada uno de sus miembros, de ningún modo tal posibilidad puede conducir a un individualismo capaz de dinamitar los principios básicos que apuntalan el orden público familiar, como el principio de igualdad de los convivientes, el de solidaridad familiar o del interés superior de los menores.