



**COMILLAS**

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LAS  
CAPITULACIONES MATRIMONIALES  
EN EL DERECHO ESPAÑOL Y FIGURAS  
AFINES EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN**

Autor: Ana Merino de Larrea

5ºE3 B

Derecho Civil

Tutor: Yolanda Arbones-Dávila Navarro

Madrid

Abril 2021



## RESUMEN

Hace unas décadas el divorcio era una solución casi impensable. Sin embargo, en el contexto actual en el que la separación y el divorcio son cada vez más comunes, es necesario determinar el alcance y contenido de las capitulaciones matrimoniales en el sistema español para poder asegurar el efectivo uso de las mismas. Además, la mayor parte de la población española se limita a firmar capitulaciones matrimoniales básicas acerca del régimen económico matrimonial sin adentrarse en la inmensa variedad de estipulaciones existentes.

Por otro lado, si bien en un primer momento el Código Civil estipula en el artículo 1325 que en las capitulaciones matrimoniales se pueden pactar “*cualesquiera otras disposiciones por razón del régimen económico*”, el presente análisis permite apreciar el bajo nivel de respeto hacia la libertad y autonomía de la voluntad en el Derecho español. Esto se puede observar a través del reducido contenido de los capítulos matrimoniales en el Código Civil frente a los de los Derechos civiles autonómicos y el Derecho británico, los cuales se extienden al ámbito sucesorio y a la regulación preventiva de la eventual ruptura matrimonial.

**Palabras clave:** capitulaciones matrimoniales, pactos, contratos, cónyuges, británico y régimen económico matrimonial.

## **ABSTRACT**

Divorce was a solution almost unthinkable a few decades ago. However, in the current context where separation and divorce are becoming more and more common, it is necessary to determine the scope and content of prenuptial agreements in the Spanish system in order to ensure their effective use. Moreover, most of the Spanish population focuses on signing basic agreements about the economic matrimonial regime without going into the immense variety of existing stipulations.

On the other hand, even though at first the Civil Code stipulates in article 1325 that in matrimonial agreements “*any other provisions can be agreed upon the economic regime*”, the present analysis enables us to appreciate the low level of respect towards freedom and autonomy of the will in Spanish Law. This can be observed throughout the reduced scope of marriage chapters in the Civil Code compared to those of autonomous civil Laws and British Law, which extend to the area of succession and to the preventive regulation of the eventual marital breakdown.

***Key words: marriage agreements, pacts, contracts, spouses, British and economic matrimonial regime.***

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN</b> .....	7
1. JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS DE LA CUESTIÓN .....	7
2. OBJETIVOS DEL TRABAJO.....	8
3. METODOLOGÍA .....	8
4. ESTRUCTURA.....	9
<b>CAPÍTULO II: CAPITULACIONES MATRIMONIALES</b> .....	10
1. CONCEPTO Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS .....	10
2. CONTENIDO .....	14
<b>CAPÍTULO III: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL</b> .....	20
1. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ESPAÑOL .....	20
2. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL BRITÁNICO.....	22
<b>CAPÍTULO IV: LÍMITES AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO DE FAMILIA</b> .....	27
1. PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES Y SEGURIDAD JURÍDICA .....	27
2. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DE LOS HIJOS CON INDEPENDENCIA DE SU FILIACIÓN .....	31
3. PACTOS SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA .....	34
4. PACTOS SOBRE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS.....	39
5. PACTOS SUCESORIOS .....	42
<b>CAPÍTULO V: ADMISIBILIDAD CAPITULACIONES EXTRANJERAS EN REINO UNIDO</b> .....	48
<b>CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES</b> .....	51
<b>CAPÍTULO VII: BIBLIOGRAFÍA</b> .....	54
1. LEGISLACIÓN.....	54
2. JURISPRUDENCIA .....	55
3. OBRAS DOCTRINALES .....	56
4. RECURSOS DE INTERNET .....	58

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<b>CAE</b>	Commission des Affaires Européennes
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CNUE</b>	Comisión de Notarios de la Unión Europea
<b>Ibid.</b>	<i>Ibidem</i> – “en el mismo lugar”
<b>INE</b>	Instituto Nacional de Estadística
<b>N.</b>	Número
<b>Núm.</b>	Número
<b>Op. cit.</b>	<i>Opere citao</i> – “en la obra citada”
<b>P.</b>	Página
<b>Pp.</b>	Páginas
<b>IRENE</b>	Institut de Recherches et d’Etudes Notariales Europeen
<b>REM</b>	Régimen Económico Matrimonial
<b>SA</b>	Sociedad Anónima
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>VS</b>	Versus

## CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

### 1. JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS DE LA CUESTIÓN

Nos encontramos en un mundo donde cada vez es más común la ruptura de la unidad familiar. Según el Instituto Nacional de Estadística, en 2017 se produjeron 102.341 casos de nulidad, separación y divorcio en España<sup>1</sup>. Además, se espera que en 2021 estas cifras aumenten considerablemente debido al incremento de los conflictos familiares como consecuencia del confinamiento domiciliario causado por la pandemia del Covid-19. Hace unas décadas, el divorcio era una solución casi impensable. Hasta hace unos años existían causas determinadas para poder recurrir a la separación y al divorcio que actualmente han desaparecido, quedando sin contenido el artículo 87 CC.

Además, si bien antiguamente no era común pactar acuerdos prematrimoniales, cada vez son más frecuentes los contratos donde se prevén los efectos de una posible ruptura. El fácil acceso al divorcio ha colaborado al aumento de la carga de trabajo de los jueces, abogados y notarios en el asesoramiento y revisión de este tipo de pactos. Esta es una de las razones por las que se está dando un gran colapso de la justicia española.

En España existe un cuerpo notarial extraordinariamente preparado. Sin embargo, si bien a raíz de la Ley de Jurisdicción Voluntaria del año 2015<sup>2</sup> tienen potestad de casar y divorciar, en el caso de que la pareja tenga hijos menores la situación cambia. En este caso, debe intervenir el Ministerio Fiscal, dejando sin poder a los notarios. Además, debido a la limitación de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia en España, si bien los cónyuges pueden pactar libremente, en el caso de los menores dichas cláusulas no surtirán efecto ya que la última palabra la tendrá el Ministerio Fiscal. En otros países como es el caso de Reino Unido, su Derecho de familia se encuentra mucho más desarrollado.

Otro indicio que demuestra la obsolescencia del Código Civil español, es su rechazo a los pactos sucesorios que diversos Derechos forales reconocen y desarrollan. Estos pactos conllevan una gran utilidad ya que son empleados principalmente en situaciones de segundas nupcias para evitar discusiones sucesorias.

---

<sup>1</sup> Instituto Nacional de Estadística, “España en cifras 2019”, *INE*, 2019, p.14 (disponible en [https://www.ine.es/prodyser/espa\\_cifras/2019/14/](https://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2019/14/); última consulta 8/03/2021).

<sup>2</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

## 2. OBJETIVOS DEL TRABAJO

El presente trabajo tiene por objeto el análisis comparativo de las capitulaciones matrimoniales en los Derechos español y anglosajón. Además, se hará hincapié en el hecho de que si bien en el Código Civil español el contenido de los capítulos matrimoniales es notablemente reducido, los mismos en los Derechos civiles autonómicos se extienden al ámbito sucesorio y a la regulación preventiva de la eventual ruptura matrimonial. Por esta razón, se mencionará entre otros, el avanzado Derecho de familia catalán.

Se llevará a cabo una comparación de los sistemas español y anglosajón con el fin de demostrar la necesaria actualización del primero. Este se considera puramente Derecho romano mientras que otros sistemas jurídicos extranjeros, como el británico, han avanzado notablemente en esta materia. La sociedad ha cambiado considerablemente, con la inclusión de la mujer en el mercado laboral y la aparición de las parejas de hecho entre otros, desde que el Código Civil español se redactó. La cuestión del presente trabajo es establecer dónde opera el límite del orden público y la consiguiente indisponibilidad de las materias, excluyendo la autonomía de la voluntad en el ámbito de la familia ya que estos son los límites a los pactos de familia. Si bien con el trabajo se pretende llevar a cabo un análisis comparativo, se estudiará mayoritariamente el régimen español.

## 3. METODOLOGÍA

La metodología seguida en este trabajo será tanto descriptiva como explicativa. Se establecerá la definición de capitulación matrimonial así como sus principales características. Se analizarán los regímenes matrimoniales económicos de ambos países y se tratarán temas de interés como la limitación de la autonomía, los menores y los pactos sucesorios.

Para ello, se llevará a cabo una revisión de la literatura, tanto de artículos académicos como de manuales de Derecho Civil, además del apoyo de la legislación vigente en España (principalmente, recurso al Código Civil y a algunas leyes forales) y en Reino Unido. Asimismo, se recurrirá a jurisprudencia tanto española como británica y a obras



doctrinales de grandes juristas. Las fuentes se han obtenido de la biblioteca de la Universidad Pontificia de Comillas, Google Scholar y Dialnet así como de revistas de carácter académico y plataformas jurídicas como Aranzadi Instituciones y El Derecho. Además, se ha accedido a la página web de la Comisión de Notarios de la Unión Europea (CNUE) y el Instituto Nacional de Estadística (INE).

#### 4. ESTRUCTURA

En cuanto a la estructura del presente trabajo, se expondrán las principales ideas de una forma clara y precisa, divididas en seis capítulos. El primero de ellos está conformado por la introducción, en el que se incluyen la justificación de la elección de la temática, los objetivos del trabajo y la metodología y estructura seguidas.

El segundo y tercer capítulo son puramente teóricos en los que se expondrá de forma detallada la definición y principales características de las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económicos matrimoniales tanto del sistema español como anglosajón con el fin de poder visualizar las diferencias entre ambos.

En el cuarto capítulo se realizará un análisis detallado acerca de los límites a la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia. Se partirá de los límites recogidos expresamente en el CC como son el principio de orden público y buenas costumbres y seguridad jurídica, hasta llegar a estudiar minuciosamente los pactos sobre los hijos, las pensiones compensatorias y de alimentos y los pactos sucesorios.

El quinto capítulo versará sobre la admisibilidad de las capitulaciones matrimoniales extranjeras por parte de los tribunales británicos. Aunque un matrimonio hubiera firmado pactos matrimoniales, los tribunales británicos podrían llegar a obviarlos con el fin de llevar a cabo un reparto equitativo y cubrir las necesidades de ambos cónyuges, lo cual crea una gran inseguridad jurídica.

Para finalizar, tras el análisis exhaustivo de las características, efectos y límites a las capitulaciones matrimoniales, se establecerán las principales conclusiones extraídas del tema.

## CAPÍTULO II: CAPITULACIONES MATRIMONIALES

### 1. CONCEPTO Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Las capitulaciones matrimoniales son negocios jurídicos propios del Derecho de familia y cuya finalidad esencial en el sistema español es la determinación del régimen económico matrimonial. Si bien, son de contenido complejo y abarcan múltiples temas y posibilidades tal como recoge el artículo 1325 del Código Civil. De forma general, pueden definirse como negocios de carácter complejo, accesorio, oneroso o gratuito según el contenido de cada uno, bilateral, personalísimo y formal. En el Código Civil se recoge que en las capitulaciones *“se podrá estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”*.

En ellas se regula el contenido mínimo al que el artículo 90 del Código Civil se refiere. De esta forma, se pacta que en el caso de separación o divorcio, servirá dicho documento como convenio regulador. El contenido capitular necesitará la aprobación judicial para determinados sucesos como es el caso del uso de la vivienda, las pensiones alimenticias y el régimen de visitas a los hijos entre otros<sup>3</sup>. No será necesario, por otro lado, esta aprobación en el caso de regulación del régimen económico matrimonial.

En el Código Civil las capitulaciones vienen reguladas entre los artículos 1.325 y 1.335. Tal como indica el 1.326, consisten en contratos que pueden llevarse a cabo con anterioridad o posterioridad a la celebración del matrimonio. Si bien, en el primer caso, deberá confirmarse el matrimonio en el plazo máximo de un año. No obstante, esto último solo afectaría a los pactos sobre el régimen conyugal, los cuales comenzarán a tener eficacia en el momento de la celebración del matrimonio. Por otro lado, también quedan sin efecto en el momento en el que se extingue la unión matrimonial. Además, son documentos notariales para cuya validez es necesaria su redacción en escritura pública y como contratos que son, se rigen por las reglas de los contratos.

En el caso de que se modifiquen las mismas, deberá llevarse a cabo también en documento público y deberá constar de publicidad notarial y registral a través del

---

<sup>3</sup> Cantero Núñez, F. J., Castán Pérez-Gómez, J., García de Blas Valentín-Fernández, M. L., Garrido de Palma, V. M. y Rueda Esteban L., *Instituciones de Derecho Privado (Tomo IV. Familia. Volumen 1º)*, Civitas, Madrid, 2001, p. 242.

Registro Civil y en ocasiones, en el Registro de la Propiedad. La escritura pública es forma *ad solemnitatem* por la importancia de su contenido y porque el mismo llega a afectar a terceras personas. Las capitulaciones se oponen por medio de la escritura pública, lo que requiere su exhibición. Por ello, en lugar de la tipicidad, prima la especialidad de lo pactado<sup>4</sup>. Esto se observa en el hecho de que la mención en el Registro constituye una indicación que remite al contenido de la escritura en cada caso. En su inscripción deberán hacerse constar a su vez todos los pactos, resoluciones judiciales y hechos posteriores que modifiquen el régimen económico matrimonial. A partir de ese momento, pasarán a tener efectos frente a terceros.

Además, según el Código Civil, *"para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales, deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en estas intervinieron como otorgantes si vivieran, y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas"*. No obstante, esto no incluye a los representantes legales de los incapacitados. Además, la modificación del régimen realizada durante el matrimonio no perjudicará a los derechos ya adquiridos por terceros.

La capacidad exigida para el otorgamiento de las capitulaciones es la misma que se requiere para contraer matrimonio. A diferencia de este, las capitulaciones pueden estar sometidas a condición, o bien suspensiva, o bien resolutoria o incluso a término inicial o final. Esto se permite debido al principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial, admitido tras la reforma del Código Civil por la Ley de 2 de mayo de 1975<sup>5</sup>.

Según la Ley, en el caso de las personas incapacitadas judicialmente, si bien obran por sí mismos, al carecer de una capacidad plena, deberán ser asistidos por sus padres, tutores o curadores para poder otorgar dichas capitulaciones. Por lo tanto, requieren el consentimiento o licencia de sus representantes legales. En estos casos, estos pactos pasan de ser bilaterales a multilaterales. Cabe mencionar que tras la reforma del artículo 48 del Código Civil en 2015, los menores no emancipados ya no pueden contraer

---

<sup>4</sup> Martínez Sanchiz, J. A., *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, pp. 218-219.

<sup>5</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil (tomo VII)* (Arts. 1265 a 1484), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9.397-9.398.

matrimonio. En el caso de que las capitulaciones fueran otorgadas por menores o incapacitados sin el complemento de capacidad de sus representantes legales, se dará la anulabilidad de las mismas. Si esto se diera, se impondrá el régimen legal presunto, es decir, de gananciales en el Código Civil o el correspondiente a su Derecho foral.

Este requisito puede verse recogido en la sentencia del TS de 26 de junio de 1992<sup>6</sup>. En este caso, don Sebastián compra un piso en la ciudad de Sevilla bajo la sociedad de gananciales constituida con su mujer, doña María. Más tarde, el matrimonio modifica el régimen ganancial anterior y constituyen capitulaciones matrimoniales, estableciendo en ellas el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Si bien, estas no son inscritas en ningún registro público. Un año más tarde, el esposo interviene como fiador solidario, en una póliza de préstamo otorgada por el Banco A S.A. Una vez deshecho el matrimonio, y habiendo sido adjudicado el piso a la mujer, se traba embargo de dicho piso a instancia del Banco contra el marido como fiador, siendo dicho embargo anotado en el Registro de la Propiedad. Ante esto, el 3 de marzo de 1987 se presenta una demanda de tercería de dominio, en la que doña María sostiene el alzamiento del embargo trabado sobre el piso de su propiedad.

Ante estos sucesos, el TS señaló que la modificación del régimen económico matrimonial no producirá efectos hasta la fecha de su inscripción registral. Además, en el caso de que se recogieran bienes inmuebles, deberán inscribirse a su vez en el Registro de la Propiedad. El TS también determinó que no cabía recurso de casación y declaró la improcedencia del ejercicio de la acción de tercería ya que la liquidación del régimen se había producido en perjuicio de los acreedores de buena fe.

Al igual que en el Derecho español, en el sistema británico se pueden establecer contratos matrimoniales tanto en un momento previo como posterior a la celebración de la unión. Esto puede verse reflejado en el caso particular de *Radmacher vs Granatino*<sup>7</sup>. Este caso versa sobre un matrimonio formado por el señor Granatino, de nacionalidad francesa y su esposa, la señora Radmacher, de nacionalidad alemana y poseedora de una gran fortuna. Estos, previamente a su matrimonio, firmaron un acuerdo prematrimonial

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6928/1992, de 26 de junio de 1992 [versión electrónica - base de datos El Derecho]. Fecha de última consulta: 8 de marzo de 2021.

<sup>7</sup> Scherpe, J. M., “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2012, p. 4 (disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/890\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/890_es.pdf); última consulta 8/03/2021).

ante notario en Alemania, de acuerdo con dicha legislación. Este pacto recogía que su matrimonio se registraría por el régimen de separación de bienes, y que en caso de divorcio o muerte, ninguno de los cónyuges podría interponer una demanda contra el patrimonio privativo del otro. A su vez, no se establecía ninguna opción alternativa a tal cláusula y no existían pactos en relación con el nacimiento de hijos o las necesidades de cada uno de los cónyuges.

En este acuerdo, el esposo no recibió asesoramiento legal independiente ni existió transmisión completa de la información patrimonial ya que ninguna de estas garantías son exigidas en los Derechos alemán ni francés. De esta forma, en dichos países las capitulaciones habrían sido vinculantes. Sin embargo, una vez firmado el divorcio, el marido interpuso una demanda solicitando el *ancillary relief*, en contra de lo pactado.

En dicho juicio, el juez Baron<sup>8</sup> señaló que el acuerdo no había tenido en cuenta una serie de garantías recogidas en el *Green Paper*, especialmente, la ausencia de una previsión sobre pensiones por necesidad, lo cual reflejaba una gran injusticia. En consecuencia, el Juez otorgó menos peso al acuerdo. Sin embargo, ante la demanda de recurso por parte de la esposa, la Court of Appeal determinó que el juez Baron no había concedido suficiente importancia al acuerdo ya que el hecho de que no se cumpliera con las garantías del *Green Paper*, no era determinante dadas las particularidades del caso.

Hasta la sentencia determinada por la *Court of Appeal* en este caso, existían tres garantías procedimentales para la eficacia de los pactos prematrimoniales. Estas están recogidas en el *Green Paper Supporting Families* y son el asesoramiento legal independientes, la transmisión completa y veraz de la información patrimonial y un mínimo de 21 días entre la celebración del acuerdo y la celebración de la unión matrimonial. Sin embargo, durante este caso particular, se determinó que dichas garantías no eran esenciales para la formalización de dichos pactos.

Por otro lado, si bien en el sistema británico no es obligatorio que los cónyuges establezcan un inventario de activos y rara vez son en efecto elaborados, es altamente recomendado. Esto se debe a que la fuente de activos a la hora de llevarse a cabo un

---

<sup>8</sup> Ibid., pp- 5-6

divorcio o separación puede tener un impacto sobre las órdenes financieras impuestas por el tribunal<sup>9</sup>. Además, dichos pactos no deben cumplir con ningún requisito formal para su eficacia aunque se recomienda que los cónyuges reciban asesoramiento legal independientes y que los activos se divulguen en su totalidad y se registren en el acuerdo.

Asimismo, en el Derecho anglosajón, en caso de ausencia de capitulaciones matrimoniales, los derechos de los esposos sobre los bienes muebles existentes durante la unión matrimonial son determinados por la ley del domicilio matrimonial. Esto hace referencia a aquellos muebles pertenecientes a uno de los cónyuges con anterioridad al matrimonio o bien a aquellos adquiridos por el esposo como consecuencia del mismo.

En cuanto a los bienes inmuebles, hay controversia entre la doctrina y la jurisprudencia inglesas. Por un lado, la mayor parte de la jurisprudencia considera que el domicilio matrimonial es un criterio aplicable tanto para los bienes muebles como para los inmuebles. Sin embargo, una parte minoritaria de la misma considera que los derechos de los esposos sobre los bienes inmuebles localizados en Reino Unido son sumisos al Derecho británico conforme al principio de la *lex rei sitae* de la Cámara de los Lores<sup>10</sup>. Como regla general, el cambio del domicilio matrimonial de los esposos después de su matrimonio no modifica los derechos sobre sus bienes.

## 2. CONTENIDO

Si bien en el sistema español las capitulaciones matrimoniales tienen un fin esencialmente económico, en principio, el único límite es cumplir con la ley, las buenas costumbres y la igualdad de derechos de ambos cónyuges. Estos límites establecidos en el Código Civil se refieren tanto al contenido típico como al atípico de las mismas. En el caso de que algún pacto concreto no cumpla con estas limitaciones, se dará la nulidad parcial del pacto afectado. Por lo que no afectará a la validez y eficacia de las capitulaciones en su totalidad.

---

<sup>9</sup> C.A.E., I.R.E.N.E. y C.N.U.E., *Couples in Europe: Matrimonial and Registered Partnership Regimes. National law of 33 european countries* (edition 2019-2020), Grecia, 2020, p. 724.

<sup>10</sup> Verwilghen, M., Mahieu, S., Union Internationale du Notariat Latin y Commission des Affaires Européennes et de la Méditerranée. *Régimes Matrimoniaux Successions et Libéralités dans les relations internationales et internes III*, Bruxelles: Bruylant, 2003, Bruselas, p. 2.239.

En el caso de que se diera la invalidez de las capitulaciones, se impondrá el régimen legal presunto, es decir, régimen de gananciales en el Código Civil o el correspondiente a su Derecho foral.

La limitación de cumplimiento de la ley hace referencia a las leyes imperativas como puede ser el caso de la patria potestad. Por otro lado, el límite de las buenas costumbres hace referencia a casos como el de los deberes inherentes al matrimonio. Estos últimos, quedan recogidos en el artículo 68 del Código Civil. Un pacto que atentara contra esta limitación sería el de la no convivencia entre cónyuges. También es importante el límite de la igualdad, el cual aparece recogido en el artículo 14 CE. Este hace referencia a la igualdad entre hombre y mujer en un matrimonio.

Los cónyuges tienen plena libertad para elegir el régimen económico al que se quieren adherir así como la posibilidad de modificarlo con posterioridad. Además, pueden o bien ceñirse al previsto en el Código Civil o en una legislación foral, o incluso crear su propio régimen o adoptar un régimen extranjero. Asimismo, para poder hacer modificaciones, los cónyuges podrán contratar entre sí fuera del convenio siempre y cuando estos pactos reúnan los requisitos para su validez. De tal forma que los acuerdos entre los cónyuges no quedan limitados exclusivamente a los pactos prematrimoniales.

Asimismo, el artículo 1.325 del Código Civil recoge que además del régimen económico, se pueden incluir en las capitulaciones *“cualquiera otras disposiciones por razón del mismo”*. Por lo tanto, se puede pactar sobre donaciones entre cónyuges, reconocimiento de un hijo extramatrimonial, la determinación de los tutores de sus hijos en caso de fallecimiento y pensión en caso de divorcio entre otras cosas. Además, se podrán establecer negocios jurídicos ajenos al matrimonio como la constitución de una hipoteca. Pueden asimismo contener acuerdos sobre los deberes conyugales así como la indemnización por el incumplimiento de los mismos.

Generalmente los cónyuges pactan sobre el reparto de las cargas del matrimonio en función los ingresos que recibe cada uno. Sin embargo, en ocasiones pueden llegar a encontrarse casos especiales que pacten dicho reparto al 50% o que la totalidad corresponda a uno solo de los esposos. Pueden incluso llegar a encontrarse pactos que

determinen la prohibición del acceso a la vivienda familiar a personas ajenas al núcleo original de la familia. De esta forma, quedaría vetada la entrada a cualquier persona distinta de los esposos y sus hijos.

A su vez, debe señalarse que no es necesaria la inclusión del contenido típico de las capitulaciones matrimoniales para que estas tengan plena eficacia. Este contenido hace referencia a la estipulación del régimen económico matrimonial. Por lo que las capitulaciones pueden estar conformadas exclusivamente por otras disposiciones de contenido atípico.

En las capitulaciones se dispondrán también pactos sobre la vecindad civil. De esta forma, podría estipularse que uno de los cónyuges ostentara la vecindad civil mientras que el otro podría ostentar por ejemplo la catalana. Los cónyuges podrán escoger la legislación aplicable. De forma contraria, se acogerán a lo recogido en el Código Civil como marco regulador de sus relaciones patrimoniales.

Podrán optar también por regirse por la separación de bienes. Es un régimen económico matrimonial por el que cada contrayente conservará los bienes propios así como aquellos que obtenga con posterioridad. En este ámbito, cada uno tendrá plena disposición y administración sobre lo propio.

También podrán estipularse pactos sobre la afectación de las ganancias profesionales. Puede incorporarse un fondo consorcial en el que se recojan las ganancias laborales de cada cónyuge de forma común, correspondiendo la mitad del total a cada uno. Este fondo será administrado de forma mancomunada mientras no se repartan las ganancias. Las adquisiciones realizadas con cargo a este fondo, pertenecerán a partes iguales a cada cónyuge. Por ello, se presume que todos aquellos bienes adquiridos de forma individual, serán a cargo de fondos no consorciales. Podría establecerse a su vez una dualidad patrimonial por el cual, sin constituir un fondo separado, se integrara la mitad de las ganancias laborales de cada cónyuge a sus patrimonios privados.

Los bienes se adquieren por cada uno de los cónyuges de forma individual o si lo hacen de forma conjunta, serán mancomunados. No está prevista la intervención de uno de los cónyuges de forma aislada en beneficio de la comunidad. Tal como viene recogido en el artículo 71 del Código Civil, para poder actuar en beneficio de ambos, el cónyuge debe



tener conferida la representación del otro. En su caso, debería estudiarse si procede o no un derecho de reembolso en el caso de no haber adquirido con las ganancias comunicadas. Ello dependerá de lo pactado por los cónyuges. En su caso, no debe asumirse la existencia de una donación<sup>11</sup>.

En cuanto a la ruptura del matrimonio, se pueden recoger acuerdos sobre indemnización en caso de separación o divorcio o renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico o por el trabajo para la casa. En el Código Civil se recoge que también podrán incluirse otro tipo de disposiciones como una promesa de mejorar (artículo 826), una mejora (artículo 827), una delegación de la facultad de mejorar (artículo 831) o donaciones *propter nuptias* de bienes presentes o futuros (artículos 1.335 y siguientes y en especial el 1.341)<sup>12</sup>. Son conocidas como estipulaciones capitulares.

Por lo tanto, se puede ver la cantidad de materias que pueden reunirse en dichos pactos ya que el Código Civil recoge que podrá contener disposiciones relacionadas con el régimen económico matrimonial así como otros pactos por razón del mismo. Si bien, existen ciertas limitaciones a la autonomía de la voluntad como se verá más adelante.

Al margen, en ocasiones los contrayentes aprovechan la escritura pública de capitulaciones para otorgar otro negocio jurídico que no sea estrictamente matrimonial. Esto podría ser el caso del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, un arrendamiento o el reconocimiento de una deuda. Estos casos no son estipulaciones capitulares sino negocios ajenos a las capitulaciones que se han incluido en la escritura pública en la que se han formalizado las últimas. Estos negocios ajenos quedan al margen de la regulación especial de las capitulaciones. Se regirán por sus propias reglas, es decir, por las normas del negocio jurídico concreto de que se trate.

Parte de la doctrina se posiciona en contra de la posibilidad de inclusión de estos negocios en las mismas. Establecen que para que puedan incluirse, deberían existir entre estos y el matrimonio una relación de interdependencia por vía condicional<sup>13</sup>. En cambio otra parte considera que debería poder incluirse todo tipo de negocio que pudiera hacerse constar en escritura pública.

---

<sup>11</sup> Martínez Sanchiz, J. A., op. cit., pp. 219-220.

<sup>12</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R., op. cit., p. 9.374

<sup>13</sup> Ibid., p. 9.396.

Hay posturas contrarias a la admisibilidad de pactos preventivos por resultar en ciertas ocasiones injustos tras el cambio de las circunstancias entre el momento de la formalización del acuerdo y el momento de su aplicación. La labor judicial se reduce a una aprobación formal, siendo muy ocasional la denegación de la aprobación del convenio propuesto siempre que se refieran a pactos económicos y patrimoniales.

Esto se puede apreciar en la sentencia del Tribunal Supremo del 19 de octubre de 2015. En este caso, un matrimonio tras haber pactado capitulaciones matrimoniales, acordaron, en documento privado, la separación de hecho y reparto de los bienes adquiridos sin aunar en la naturaleza de los mismos. Ante esto, a don Argimiro se le asignó una casa en Puerto de la Cruz entre otras cosas. Si bien, dicha casa había sido adquirida en su plenitud por doña Bárbara, razón por la cual esta no consideraba válido el convenio firmado, invocando la existencia de coacciones en la firma del mismo así como que la vivienda era privativa.

No obstante, se determinó que la intención de las partes litigantes, era la de decidir de común acuerdo su separación de hecho, atendiendo a la distribución de determinados bienes adquiridos por ellos. De esta forma, se recoge la autonomía de la voluntad como regulador del patrimonio en caso de ruptura conyugal sin importar las circunstancias personales<sup>14</sup>. Por lo tanto, el TS consideró válido el pacto de separación y reparto de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Asimismo, la Ley 6/2015, 13 mayo<sup>15</sup>, de armonización del Código Civil de Cataluña recoge que *“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”*. En el artículo 97 del Código Civil, se recoge que lo acordado por los cónyuges de mutuo acuerdo, es vinculante para el juez. Por lo tanto, este no podrá revisarlo aunque se de un caso de perjuicio grave para uno de los cónyuges. En cuanto a los pactos de alimentos, tal como recoge el Código Civil, no caben los pactos preventivos.

---

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 572/2015, de 19 de octubre de 2015 [versión electrónica – base de datos El Derecho]. Fecha de última consulta: 15 de marzo de 2021.

<sup>15</sup> Ley 6/2015, de 13 mayo, de armonización del Código Civil de Cataluña.

En el caso del sistema anglosajón, no existen requisitos formales para la validez de los pactos matrimoniales. Se permite incluso el pacto de forma oral<sup>16</sup>. Sin embargo, en el caso de que se pacten términos como la custodia de los hijos, el mantenimiento del cónyuge y los hijos o la división y uso de la vivienda matrimonial, será más apropiado recogerlo por escrito. En estos casos, generalmente se recogerá además en escritura pública. No obstante, en el sistema anglosajón, no es necesario que dichos pactos se constituyan ante notario ni que queden registrados. En cuanto a los pactos que contengan disposiciones relativas al régimen jurídico de los bienes inmuebles, tal como aparece recogido en la ley relativa a los derechos de propiedad, deberán constar por escrito en presencia de dos testigos<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Bromley, P. M., *Family Law*, Butterworths, Londres, 1981, p. 170.

<sup>17</sup> Rentería, A., *Manuel de droit privé et de justice préventive en Europe*, I.R.E.N.E., Bilbao, 2007, pp. 464-465.

## CAPÍTULO III: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

### 1. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ESPAÑOL

En el Régimen Común español, tal como se recoge en el Código Civil, rige el régimen de gananciales. El principio de presunción de ganancialidad implica que se atribuye carácter de ganancial a todos los bienes que carecen de prueba que demuestre que son privativos de uno de los cónyuges. No obstante, se permite la prueba en contrario. En este régimen, solo se pueden considerar bienes privativos aquellos que lo son o bien por origen o bien por subrogación tras haber sido adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos tal como recoge el artículo 1.346.3 del Código Civil.

Por otro lado, tal como se recoge en los artículos 1.355 y 1.358 del Código Civil, debido a la autonomía de la voluntad, cabe la posibilidad de otorgar un pacto interconyugal de atribución de ganancialidad. Esto se refiere a bienes que se adquieren a título oneroso sin importar la procedencia de la contraprestación y sin perjuicio del derecho de reembolso del valor satisfecho. En la misma línea, debido a la autonomía de la voluntad, cabe pactar que una vez disuelta la sociedad de gananciales, el remanente que se constituya, se divida entre los cónyuges en la proporción que resulte de la actividad de cada uno de ellos y no por la mitad<sup>18</sup>. Esto iría en contra de lo recogido en el artículo 1.404 del Código Civil. De esta forma, el régimen matrimonial de gananciales da lugar a la convivencia de tres patrimonios diferenciados: el patrimonio común y el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges.

Por otro lado, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde de manera conjunta a los contrayentes. Esto ocurre siempre y cuando se de una ausencia de pactos matrimoniales y sin perjuicio de lo que se determina en artículos especiales tal como recoge el artículo 1.375 del Código Civil.

También existe la posibilidad del otorgamiento de capitulaciones destinadas exclusivamente al establecimiento de reglas especiales acerca de la administración de la

---

<sup>18</sup> Garrido de Palma, V. M., “El régimen económico matrimonial español: Código Civil y regulaciones autonómicas”, *Revista jurídica del Notariado*, n.97-98, 2016, p. 155.

sociedad de gananciales<sup>19</sup>. Estas pueden ser bien con carácter general o solamente respecto de algunos aspectos concretos. No obstante, cada vez es más frecuente el pacto por el que se estipula la separación de bienes. A través de estos, se da la separación de las ganancias y beneficios que obtenga cada cónyuge. Además, también se consigue limitar la responsabilidad por deudas exclusivamente al patrimonio del cónyuge deudor.

Si el régimen pactado es el de separación absoluta, en principio solo existirán bienes privativos. No obstante, puede darse el caso de que los cónyuges adquieran bienes en común en la proporción que pacten. Esto supondría la constitución de una comunidad ordinaria, sin perjuicio de las reglas que pacten. Según el artículo 1.441 del Código Civil, si no se puede lograr la acreditación de la propiedad de un bien o derecho de uno de los cónyuges, corresponderá a cada uno la mitad.

No obstante, existen especialidades en las diversas Comunidades Autónomas. De esta forma, tal y como se puede observar en el siguiente mapa, el régimen supletorio dependerá de cada Comunidad Autónoma.

Ilustración 1. Legislación sobre el régimen económico matrimonial en España



Fuente: Consejo General del Notariado

<sup>19</sup> González del Pozo, J. P., “Acuerdos y contratos prematrimoniales (III)”, *Boletín de Derecho de Familia*, n. 81, 2008.

En el caso de Aragón, salvo que sea otro el régimen convenido en capitulaciones, el supletorio legal es el Consorcio<sup>20</sup>. Este consiste en un patrimonio común constituido al iniciarse el régimen, con los bienes aportados por los cónyuges así como los donados por razón del matrimonio con carácter consorcial. De esta forma, los cónyuges podrán dar la connotación de consorcial o privativo a cualquier bien cuando quieran.

En cuanto a Cataluña, el régimen matrimonial, a falta de capitulaciones, es la separación absoluta de bienes. En el caso de la vivienda familiar, pertenece al cónyuge adquirente. Si bien, se recoge que cualquier acto de disposición que comprometa el derecho de uso del cónyuge, necesitará el consentimiento del mismo.

## 2. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL BRITÁNICO

Si bien la figura de la familia constituye un pilar muy importante en la sociedad británica, no constituye una entidad con derechos propios asignados<sup>21</sup>. Por esta razón, en el Derecho Inglés no es posible encontrar menciones a regímenes matrimoniales ni propiedades familiares. Según el *Common Law*, el matrimonio no tiene efecto alguno sobre la propiedad y la capacidad de disposición de los cónyuges<sup>22</sup>.

A finales del siglo XIX, tras el movimiento a favor de la emancipación de la mujer, se elaboró la ley de 1882 sobre los bienes privativos de las mujeres casadas. Así es como surgió el establecimiento del principio de la separación de bienes. En consecuencia, cada cónyuge pasó a tener plenas facultades independientes sobre la adquisición y administración de sus bienes. Así, la unión matrimonial no alteraba las posesiones de los bienes de cada cónyuge. Además, los tribunales también reconocieron los derechos de la mujer sobre el hogar conyugal en caso de divorcio o venta de este inmueble<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Garrido de Palma, V. M., op. cit., pp. 160-161.

<sup>21</sup> Verwilghen, M., Mahieu, S., Union Internationale du Notariat Latin y Commission des Affaires Européennes et de la Méditerranée, op. cit., p. 2.275.

<sup>22</sup> Ortega Giménez, A., “El Régimen Económico Matrimonial en el Reino Unido” *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n. 23, 2017, p. 202 (disponible en <https://www.revistabarataria.es/web/index.php/rb/article/view/361/330>; última consulta 28/12/2020).

<sup>23</sup> Verwilghen, M., Mahieu, S., Union Internationale du Notariat Latin y Commission des Affaires Européennes et de la Méditerranée, op. cit., p. 2.276.

De esta forma, en el Derecho británico, en principio, el matrimonio no produce efectos sobre las propiedades de los contrayentes. Según *The Law of Property Act 1925*<sup>24</sup>, s.37, marido y mujer deberán ser tratados como dos personas individuales a la hora de la adquisición de cualquier propiedad<sup>25</sup>. Esto no impide que los cónyuges puedan adquirir propiedades de forma conjunta. Si bien, esto será tratado de la misma forma que la propiedad conjunta de personas no casadas.

Aunque la celebración del matrimonio no tenga efectos patrimoniales, en el momento del divorcio, los tribunales disponen de una amplia libertad para distribuir los patrimonios de los cónyuges con el objetivo de llevar a cabo un reparto justo. Para conseguir este resultado pueden dictar una gran variedad de medidas judiciales conocidas como *ancillary relief*, tal y como viene recogido en los artículos 23-24B de la *Matrimonial Causes Act* de 1973<sup>26</sup>. De esta forma, el tribunal puede incluso llegar a asignar bienes de un cónyuge al otro, aplicando el principio de equidad. Así, el principio general de los tribunales es el reparto igualitario entre cónyuges salvo que existan causas suficientes para apartarse de dicho principio.

Se pueden encontrar sentencias como la de *Charman vs Charman* de 2007. En este caso, cuando la mujer tuvo su primer hijo, dejó de ejercer su carrera profesional para dedicarse al cuidado familiar. Si bien en el momento de la unión ninguno de los dos aportó dinero al matrimonio, el esposo logró un gran éxito en la industria aseguradora, adquiriendo una gran fortuna. Años más tarde, en el procedimiento de divorcio, el juzgado de primera instancia valoró el patrimonio de la esposa en 8 millones de libras y el del marido en 131. Más tarde se estimó que el reparto de los activos del esposo se dividirían en 63,5% y 36,5%, correspondiendo esta última cifra a la mujer debido en parte a que los activos otorgados al marido eran de mayor riesgo. De esta forma, finalmente se estipuló el pago por parte del esposo de 40 millones, dejando a la esposa con un total de 48 millones de libras.

En esta sentencia, el Tribunal declaró que el principio de reparto implica que los bienes deberán ser repartidos de forma igualitaria entre las partes a no ser que exista una buena razón para apartarse de dicho criterio. De esta forma, se acercan a un criterio parecido al

---

<sup>24</sup> *Law of Property Act 1925*.

<sup>25</sup> C.A.E., I.R.E.N.E. y C.N.U.E., op. cit., p. 723.

<sup>26</sup> Ortega Giménez, A., op. cit., pp. 203-204.

de la comunidad de bienes española. Si bien, debe destacarse la gran potestad discrecional que tienen los jueces para determinar el reparto de los bienes. En la práctica esto supone una gran dificultad a la hora de determinar el resultado potencial de una sentencia de divorcio en cada caso concreto al quedar este supeditado al libre albedrío del tribunal.

A su vez, en el caso *McFarlane vs McFarlane* de 2006, ambas partes del matrimonio eran personas muy exitosas en sus respectivas carreras profesionales. Sin embargo, la mujer, Julia McFarlane abandonó su carrera de abogado para dedicarse al cuidado de sus hijos. Tras un matrimonio de 16 años, el matrimonio decidió separarse y llevar a cabo un reparto igualitario de los 3 millones de libras que formaba el total de su patrimonio. Sin embargo, no lograron llegar a un acuerdo con respecto a los pagos periódicos. Finalmente, el Tribunal estableció la obligación de realizar pagos anuales de 250.000 libras al año por parte del esposo. Esta era la solución más justa ya que con ingresos de 1 millón de libras al año, en muy poco tiempo el esposo habría superado con creces el nivel adquisitivo de su esposa. Esto se determinó porque Julia había perdido un potencial de ingresos significativo como resultado del matrimonio. De tal forma que esos pagos anuales eran necesarios para la compensación de la mujer y poder así llevar a cabo un reparto justo.

En esta sentencia, el Tribunal determinó los tres elementos necesarios a tener en cuenta por los jueces a la hora de resolver un caso con justicia. Estos fundamentos a valorar son la necesidad, la compensación y el reparto. De esta forma, deberán tenerse en cuenta factores como las necesidades no solamente presentes sino también las futuras, la capacidad de generar ingresos de cada cónyuge, la edad de los mismos, la duración de su matrimonio y las contribuciones de cada cónyuge a la economía familiar entre otras cosas<sup>27</sup>.

Estas facultades de los tribunales están recogidas en la ley *Matrimonial Causes Act* de 1973<sup>28</sup>. No obstante, dado que el matrimonio no produce efectos sobre el patrimonio de los cónyuges, se dice que el sistema reinante en el Derecho anglosajón es el de separación de bienes. Si bien, no está regulada como una ley sustantiva para el régimen económico matrimonial. Dado que no consiste en un régimen de separación de bienes

---

<sup>27</sup> Ibid, p. 205.

<sup>28</sup> *Matrimonial Causes Act* 1973.



tal y como viene reconociéndose en otros países, debería hablarse de separación de bienes con asignación judicial del patrimonio según el principio de equidad. Aunque cabe destacar que en Escocia al igual que en Cataluña, tienen el régimen de separación de bienes por defecto.

Si bien rige la separación de bienes, se dan una serie de limitaciones a la enajenación de ciertos bienes al igual que en España. Un ejemplo serían las restricciones impuestas por los tribunales y la ley a la venta de la vivienda conyugal por parte de uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro.

Además, en el caso de que uno de los cónyuges incurra en una deuda, solamente podrán ser utilizados los bienes propiedad de este para la satisfacción de la misma. Si bien, de acuerdo con la ley, en ciertas ocasiones uno de los cónyuges podrá devenir responsable de las deudas del otro. Este podría ser el caso en el que uno de ellos se comprometa a actuar como afianzador para las deudas de su pareja. Por otro lado, en el caso concreto de que el cónyuge deudor se encuentre en situación de quiebra, el Tribunal podrá ordenar la venta de los bienes inmuebles cuya propiedad sea conjunta para la satisfacción de la deuda en virtud de la ley de insolvencia de 1986 (Insolvency Act 1986<sup>29</sup>). En este caso, el cónyuge no deudor obtendrá la parte que le corresponda de la venta de la propiedad de la misma forma en la que le correspondería si se tratara de una propiedad conjunta entre personas no casadas<sup>30</sup>.

Por otro lado, según el Derecho inglés, en ausencia de pactos matrimoniales, los derechos de los esposos sobre los bienes muebles existentes, obtenidos tanto antes como después de la unión matrimonial, estarán regulados por la ley del domicilio conyugal. El domicilio matrimonial suele situarse en el primer domicilio conyugal establecido por los propios cónyuges. Se aplica el principio de inmutabilidad.

En cuanto a los bienes inmuebles, hay discrepancias a nivel tanto doctrinal como jurisprudencial. La mayor parte de la jurisprudencia británica establece que el domicilio matrimonial de los esposos aplica tanto a los bienes muebles como a los inmuebles. Por otro lado, otra parte de la jurisprudencia establece que los derechos de aquellas personas

---

<sup>29</sup> Insolvency Act 1986.

<sup>30</sup> C.A.E., I.R.E.N.E. y C.N.U.E., op. cit., p. 724.

cuyas propiedades estén situadas en Inglaterra, serán objeto del derecho Inglés como *lex situs*<sup>31</sup>.

No obstante, las partes pueden expresamente pactar ser regulados por otra ley distinta a la de su domicilio matrimonial. Además, como regla general, en el caso de que durante el matrimonio se cambie el domicilio, y este nuevo lugar tenga un régimen matrimonial distinto, no alteraría los derechos existentes de cada uno de los cónyuges sobre sus propiedades.

---

<sup>31</sup> Verwilghen, M., Mahieu, S., Union Internationale du Notariat Latin y Commission des Affaires Européennes et de la Méditerranée, op. cit., pp. 2.275-2.276.

## **CAPÍTULO IV: LÍMITES AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO DE FAMILIA**

En este tipo de contratos, al existir un alto índice de confianza entre los firmantes, pueden llegar a producirse grandes desventajas para uno de los contrayentes. De esta forma, es común que una de las partes se extralimite imponiendo la reducción o renuncia de los derechos legalmente prescritos para la protección de la pareja. Otra posible situación sería que los pactos devinieran injustos debido a un cambio notable de las circunstancias.

Por lo tanto, una vez establecidas estas garantías, la pareja podrá negociar libremente los términos de dichas capitulaciones en la forma que considere que mejor refleja sus objetivos. No obstante, estos pactos no podrán hacer referencia ni al propio estatus matrimonial ni a los hijos (al tratarse de disposiciones imperativas), y operando siempre bajo el límite de que en el momento de la ruptura uno de los cónyuges no quede en situación de necesidad.

### **1. PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES Y SEGURIDAD JURÍDICA**

En defecto de norma expresa que regule los pactos prematrimoniales, el Tribunal Supremo ha admitido su validez al amparo del principio general de la autonomía de voluntad siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos para la validez de los contratos. De esta forma, deberán cumplir con el artículo 1.255 CC *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”* así como con el 1.261 CC *“no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”*.

Además, estos pactos se someten a los límites generales establecidos sobre la autonomía de la voluntad (normas imperativas y perjuicio a terceros) así como aquellos recogidos por parte de la jurisprudencia, doctrina y los Derechos forales que se ocupan expresamente de estos pactos como puede ser el Derecho catalán o el aragonés.

Asimismo, se somete la eficacia de los acuerdos a la doctrina *rebus sic standibus*<sup>32</sup>, en virtud de la cual, lo pactado así como las medidas adoptadas por el juez, podrán someterse a revisión judicial en el caso de cambio sustancial de las circunstancias.

No obstante, en algunas Comunidades Autónomas se pueden llegar a encontrar variantes. Este es el caso del País Vasco, cuya Ley 7/2015, de 30 de junio<sup>33</sup>, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, otorga gran importancia a la mediación. De esta forma, establece que la propuesta de convenio regulador podrá recoger la previsión de acudir a la mediación familiar, con carácter previo a la vía judicial. De esta forma, intentan evitar los conflictos que puedan surgir por la interpretación o incumplimiento del convenio, a través del diálogo<sup>34</sup>.

Esta misma Comunidad Autónoma recoge la posibilidad de que la propuesta de convenio regulador pueda incluir el inventario de las relaciones patrimoniales contenidas en el pacto de regulación de la pareja inscrita conforme a su Ley 2/2003, de 7 de mayo<sup>35</sup>. Esta Ley regula las parejas de hecho en el País Vasco y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si existiera.

Por otro lado, la jurisprudencia no ha admitido la validez de aquellos acuerdos que solo impongan obligaciones sobre uno de los cónyuges ni tampoco de aquellos cuya eficacia quede limitada al evento de la ruptura. En contraste con la amplitud del Derecho común, el Derecho catalán regula expresamente estos pactos y establece una serie de cautelas formales para su otorgamiento así como para su validez.

Además, los pactos de los cónyuges, en caso de crisis matrimonial, están dotados de una tipicidad legal. La jurisprudencia ha admitido la validez y eficacia de acuerdos patrimoniales que producen efectos desde su acuerdo, sin necesidad de aprobación

---

<sup>32</sup> Prats Albentosa, L., *Autonomía de la voluntad en el derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado (Tomo I, Derecho de la persona, familia y sucesiones)*, Wolters Kluwer, España, 2012, p. 270.

<sup>33</sup> Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

<sup>34</sup> Ayerra Michelena, K., *Derecho Civil Vasco de Familia. Comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 45-46.

<sup>35</sup> Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

judicial<sup>36</sup>. El Tribunal Supremo, ha decretado la validez de los pactos de autorregulación siempre y cuando cumplan con los requisitos de validez de los contratos. Esto se puede apreciar en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011<sup>37</sup>.

Este caso versa sobre un matrimonio formado por doña Angélica y don Claudio. Tras dos años de matrimonio, la esposa dedujo demanda de separación y de medidas provisionales contra su marido. Sin embargo, tras la reconciliación de la pareja, doña Angélica retiró la demanda y los cónyuges acordaron disolver la sociedad de gananciales y pactar una serie de cláusulas por las que en el caso de producirse de nuevo su separación, don Claudio debería entregar a su esposa una serie de activos. Cuando este caso llegó al TS, este declaró la validez de los pactos atípicos entre cónyuges, es decir, aquellos que difieren del convenio regulador establecido en caso de crisis matrimonial. Por lo tanto, don Claudio tenía la obligación de entregar a doña Angélica el patrimonio pactado.

De esta forma, la jurisprudencia admite la validez de los pactos prematrimoniales no homologados judicialmente con apoyo al amparo a la autonomía de la voluntad. Si bien, el artículo 1.328 del Código Civil menciona como límite de la libertad capitular las buenas costumbres, que al ser un referente que tiene que ver con la ética será más frecuente verla operar respecto de los pactos personales que hayan podido ser incluidos en capitulaciones.

Por otro lado, algunos autores se posicionan en contra de la admisibilidad de pactos, dentro de las capitulaciones, que regulen las relaciones personales de los cónyuges como puede ser la elección del domicilio. Consideran que no deberían incluirse por construir aquellas un negocio jurídico de carácter patrimonial. La mayoría de la doctrina concluye que tales contenidos jamás constituirán estipulaciones capitulares *stricto sensu*<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Prats Albentosa, L., op. cit., p. 196.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 217/2011, de 31 de marzo de 2011 [versión electrónica - base de datos El Derecho]. Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2021.

<sup>38</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R., op. cit., pp. 9.396-9.397.

En el Derecho británico, tras un divorcio o separación, los tribunales tienen una amplia gama de posibilidad de decisiones a tomar denominadas medidas auxiliares. El Tribunal debe tener en cuenta en primer lugar el bienestar de los hijos antes de tomar cualquier decisión. El objetivo de las medidas auxiliares es lograr un resultado justo. Esto se puede ver reflejado en el caso Miller vs Miller, formado por un matrimonio de corta duración y sin hijos. El patrimonio del señor Miller alcanzaba un total de 17 millones de libras mientras que el de su esposa, 100.000 libras, de las cuales, el 50% se encontraba bloqueada en un plan de pensiones. La Cámara de los Lores determinó la necesidad de estudiar las necesidades de las partes, la compensación de las desventajas generadas por la relación y el intercambio de activos. Esto se determinó para asegurar la equidad en la toma de decisiones de los tribunales. No obstante, en la mayoría de las ocasiones las necesidades sobrepasan los activos y por lo tanto estas serán el factor determinante.

En el sistema anglosajón, no se trata de la misma manera a aquellos activos prematrimoniales de un cónyuge frente a los frutos del trabajo conjunto y el hogar conyugal a la hora de tomar las medidas para la participación en el divorcio. Si bien, en este aspecto es determinante la duración del matrimonio ya que cuanto más dure la relación, menos importante será esa distinción en la proveniencia de los activos<sup>39</sup>.

En Reino Unido, debido a la falta de pronunciamiento acerca de las capitulaciones matrimoniales por parte del legislador, la jurisprudencia ha sido la encargada de identificar el ámbito material de los mismos. En los casos de Miller vs Miller y McFarlane vs McFarlane, fue la Cámara de los Lores el que resolvió las medidas económicas de los divorcios<sup>40</sup>.

El objetivo de los tribunales se limita a señalar que la justicia debe ser la única circunstancia a considerar a la hora de concretar los efectos de una ruptura. Además, se tienen en cuenta la situación de necesidad de los mismos, su derecho de alimentos, la situación de desigualdad de uno de ellos por razón del matrimonio así como su derecho

---

<sup>39</sup> Conferencia de Notarios de la Unión Europea, “Couples in Europe. The Law for couples in the 27 EU countries.” (disponible en <http://www.coupleseurope.eu/en/united-kingdom/topics>; última consulta 5/11/2020).

<sup>40</sup> Gaspar Lera, S., “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés”. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 2012, pp. 16-17 (disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/913\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/913_es.pdf); última consulta 7/11/2020).

de compensación y el patrimonio generado por ambos durante su unión y el derecho a una liquidación equitativa del mismo.

Asimismo, se decretó que los cónyuges pueden contribuir a la obtención de ingresos familiares de formas muy diversas como es el trabajo para la casa o de forma desinteresada en el negocio del otro. En estos casos, en el supuesto de ruptura cabe hablar de un patrimonio conyugal que se distribuirá de forma equitativa, no por la mitad.

Desde ese caso en 2006, los acuerdos prematrimoniales para determinar el reparto de los bienes en caso de ruptura son cada vez más comunes en Reino Unido para poder así, evitar en la medida de lo posible el margen de discrecionalidad judicial.

## 2. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DE LOS HIJOS CON INDEPENDENCIA DE SU FILIACIÓN

En primer lugar, cabe mencionar que la patria potestad es irrenunciable. Todo padre tiene una serie de deberes, recogidos en el artículo 154 CC, entre los que se encuentran el deber de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, deber de alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral así como el deber de representarlos y de administrar sus bienes<sup>41</sup>.

No obstante, cabe una excepción al deber de tenerlos en su compañía. El Código de Familia catalán, en su artículo 143.2, recoge la capacidad de los padres, bajo justificación, para poder decidir que los hijos residan en un lugar distinto al domicilio familiar<sup>42</sup>.

Hasta hace unos años, las normas reguladoras de las distintas instituciones familiares tenían carácter imperativo. Además, se dudaba sobre la posibilidad de encuadrar el Derecho de familia en el Derecho privado. Díez Picazo en 1962 aceptó la viabilidad e intervención de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia con ciertos

---

<sup>41</sup> Cantero Núñez, F. J., Castán Pérez-Gómez, J., García de Blas Valentín-Fernández, M. L., Garrido de Palma, V. M. y Rueda Esteban L., op, cit., p. 691.

<sup>42</sup> Cantero Núñez, F. J., Castán Pérez-Gómez, J., García de Blas Valentín-Fernández, M. L., Garrido de Palma, V. M. y Rueda Esteban L., op, cit., p. 695.

matices. En la actualidad, la autonomía de la voluntad tiene una mayor incidencia y puede ser útil para resolver desacuerdos.

La mayor parte de la doctrina se posiciona a favor de la intervención de la autonomía de la voluntad en dicha rama del Derecho<sup>43</sup>. Determinan que en un régimen de igualdad y libertad como es el español, debería admitirse el derecho de los ciudadanos a organizar su familia. Si bien, esto sería siempre bajo el cumplimiento de una serie de límites. Debido a la importancia otorgada al derecho fundamental de libertad en la Constitución española, al aparecer recogido en sus artículos 14 y 32, no debería haber disputas acerca de esta facultad.

También se argumenta que el artículo 1.325 del Código Civil incluye como contenido de las capitulaciones matrimoniales, “*cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*”. Esta intervención hace referencia a la facultad de pactar sobre temas más allá del régimen económico. Como tal, las relaciones no económicas entre los cónyuges hacen referencia a las personales y por lo tanto, la patria potestad entre otros.

El carácter de orden público de las normas reguladoras de los deberes para con los hijos menores impone la ilicitud de los pactos destinados a establecer la no exigibilidad a uno o ambos progenitores de sus deberes para con los hijos. Pero ello no equivale a desechar la validez de cualquier tipo de acuerdos prematrimonial que afecte a los menores. Puede haber casos como los hijos de un anterior matrimonio, que justifiquen la inclusión de alguna cláusula protectora de sus intereses.

No obstante, el artículo 103 del Código Civil establece que el juez determinará una serie de decisiones en determinadas materias entre las que se encuentran las relaciones paterno-filiales. Esto se daría en el caso de falta de acuerdo de ambos padres bajo aprobación judicial. Además, el artículo 1.271 del CC recoge la imposibilidad de pactar sobre materias que se encuentran fuera del comercio de las personas. De esta forma, los cónyuges no podrán pactar sobre derechos de paternidad y filiación.

---

<sup>43</sup> Ventoso, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pp. 96-97.



La Ley pone una serie de límites a la autonomía de la voluntad en esta materia. En primer lugar, no se permite pactar nada que pueda perjudicar a los hijos. Esto va en línea con el artículo 39 CE, donde se establece la protección de la familia y de la infancia. Por lo que el juez en principio aprobará todo pacto que no les perjudique. La jurisprudencia ha determinado innumerables veces que en todos aquellos casos en los que un menor pueda verse afectado, regirá como principio del orden público, el interés del menor. De esta forma, en el Código Civil se recoge la capacidad del juez para denegar la aprobación de los acuerdos dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges<sup>44</sup>. Si bien, en el caso de denegación de la propuesta, deberá ser motivada. Todo esto no se aplica solamente a los hijos matrimoniales sino que se extrapola a su vez a los extramatrimoniales.

Además, en la sentencia del TS del 15 de octubre de 2018, se recoge un caso concreto en el que un matrimonio pacta un convenio regulador sin homologación judicial, en el que recogen acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes menores de edad entre otros pactos. El demandante justifica que no ha cumplido en ocasiones con su deber de alimentos a los hijos debido al cumplimiento irregular de los pactos por parte de su mujer como es el caso de las visitas al hijo menor. Ante esto, el TS declaró la especial naturaleza de la obligación alimenticia de los padres con sus hijos menores, razón por la cual no puede hacerse depender el pago del mismo al cumplimiento del progenitor custodio de otros pactos del acuerdo<sup>45</sup>.

Además, la Ley 7/2015 vasca recoge que las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por el matrimonio, podrán ser objeto de modificación judicial cuando así lo determinen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los progenitores<sup>46</sup>.

Cuando se tramite el caso de divorcio, el pacto que en su día alcanzaron los progenitores debe ser aprobado por el juez debiendo tomarse como un elemento más de prueba para la decisión judicial. De esta forma, en el caso concreto de que en el pacto prematrimonial se estipule que en caso de divorcio la custodia de los hijos será siempre

---

<sup>44</sup> Prats Albentosa, L., op. cit., p. 201.

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 569/2018, de 15 de octubre de 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones]. Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2021.

<sup>46</sup> Ayerra Michelena, K., op. cit., p.71.

compartida, no tendrá eficacia ejecutiva inmediata ya que no se debe imponer una decisión que deben adoptar los tribunales.

En cuanto al sistema británico, si bien los tribunales tienen facultades para determinar la distribución de los activos de la pareja tras su separación, sus capacidades quedan mermadas por el artículo 25 de la *Matrimonial Causes Act* de 1973. Este recoge la necesidad de tomar en consideración el bienestar de los menores de 18 años como prioridad. Por esta razón, cualquier pacto contrario a las necesidades de cualquiera de los hijos de la familia no puede admitirse<sup>47</sup>.

Para salvaguardar el interés de los menores, deberá atenderse a analizar los recursos económicos y capacidad de obtención de los mismos de cada uno de los cónyuges así como sus necesidades económicas y obligaciones. Asimismo, deberá tenerse en cuenta el nivel de vida que gozaba la familia con anterioridad a la ruptura del matrimonio con el fin de poder garantizarlo a los menores. Otros aspectos a tener en cuenta son la edad de los cónyuges y la presencia de discapacidades físicas o mentales en alguno de ellos.

### 3. PACTOS SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Los pactos sobre la pensión compensatoria se rigen por las reglas de los contratos y por esta razón, el principio de libertad determina que nadie pueda quedar vinculado por los mismos si el consentimiento prestado no cumple con los requisitos básicos exigidos a cualquier otro contrato.

Esto determina que la autonomía privada de las partes debe quedar garantizada. Para ello, deben concurrir las condiciones necesarias para una autodeterminación efectiva. Esto implica que se haya dado una aceptación con plena libertad. En el caso de que concurrieran vicios en el consentimiento, estos pactos podrán ser anulados. Por lo que en todo pacto matrimonial deberá evitarse el abuso de poder de decisión por una de las partes.

---

<sup>47</sup> Scherpe, J. M., op. cit., p. 15.

En el artículo 90 del Código Civil se recoge que las capitulaciones matrimoniales podrán incluir reglas de liquidación en el caso de que se diera la extinción de su unión en una sentencia de separación o divorcio. Además, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la renuncia a la pensión compensatoria siempre y cuando esta tenga lugar una vez producida la ruptura.

Por otro lado, han sido discutidos los pactos dirigidos a renunciar a la compensación de manera previa a la separación por riesgo de existir desequilibrio en caso de separación o divorcio. La cuestión sobre la renuncia previa al derecho a recibir una compensación económica por el trabajo en el hogar prevista en el artículo 1.438 CC ha sido muy debatida. Este artículo determina el reconocimiento del tiempo y esfuerzo aportados por uno de los cónyuges a las tareas del hogar de forma gratuita en el caso de que esta situación haya resultado en una situación de desigualdad, tras la separación, entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto.

Parte de la doctrina como López Burniol, se posiciona en contra de este tipo de pactos. Como se ha argumentado tradicionalmente, estos pactos atentarían contra el orden público. No obstante, este autor admite los pactos que se dediquen a establecer las reglas para la determinación de la cuantía de la pensión compensatoria. Por otro lado, admite una renuncia encubierta al permitir que estos trabajos en el hogar puedan determinarse como contribución a los gastos familiares<sup>48</sup>.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina se posiciona a favor de la renunciabilidad a dicha compensación al tratarse de una norma recogida en el régimen económico matrimonial. Se pueden encontrar tanto tesis en contra como a favor o intermedias. Los defensores de la tesis intermedia admiten la validez de la renuncia previa a la pensión compensatoria. Si bien, declaran que a pesar de ello no debe excluirse un control judicial a posteriori en el momento de producirse la crisis de la pareja con el fin de evitar resultados gravemente perjudiciales para los derechos de uno de los cónyuges. Con esto, se evitaría que uno de los cónyuges quedase en una situación de no poder atender a sus propias necesidades.

---

<sup>48</sup> González del Pozo, J. P., op. cit.

Esta situación puede verse recogida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada del 14 de mayo de 2001<sup>49</sup>. En este caso, una pareja pactó capitulaciones antes de su matrimonio donde renunciaban a cualquier tipo de pensión compensatoria en el caso de producirse su separación. En el momento de pactar dicho acuerdo, ambas partes trabajaban. No obstante, tras la unión matrimonial, la esposa abandonó su carrera profesional para poder acompañar a su marido en los distintos destinos laborales. Ante esta situación, si bien el Tribunal estimó que dicha cláusula atípica era válida puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible y por lo tanto, perfectamente renunciable, determinó que la esposa era acreedora de una pensión indemnizatoria por el cambio de circunstancias desde el momento del pacto.

Por lo tanto, debido a la esencia dispositiva de la compensación, siempre y cuando los pactos de renuncia y de limitaciones a la cuantía se pacten sin vicios de consentimiento, se considerarán válidos. En el caso de que se diera dicho abuso, los tribunales podrán intervenir con el objetivo de establecer dicha igualdad buscada, en base a la concurrencia de error o dolo o incluso, la mala fe o el abuso de derecho.

Se pueden encontrar ciertas correcciones a este asunto que recogen tanto los artículos 1.438 del Código Civil como 41 del Código de Familia catalán. El segundo recoge la prohibición del enriquecimiento injusto. Por otro lado, el primero establece que *“los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. 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”*.

Un ejemplo es la STS, de 20 de febrero de 2018, en la que la mujer interpone una demanda de divorcio y solicita tanto una pensión compensatoria como una indemnización del artículo 1.438 CC equivalente a una participación del 50% de los bienes privativos del marido obtenidos durante el matrimonio así como la mitad de las acciones de sus sociedades mercantiles. Tras la denegación de dicha indemnización por parte del Tribunal de Primera Instancia, el TS señaló que dicha indemnización *“puede*

---

<sup>49</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 377/2001, de 14 de mayo de 2001 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones]. Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2021.

*hacerse efectiva bien en el proceso matrimonial o en un procedimiento independiente*”<sup>50</sup>. Determinó que si bien dicha indemnización no es contenido necesario en el procedimiento de separación o divorcio, sí que es posible.

Por otro lado, en la STS, de 14 de julio, en la que una mujer solicitaba la indemnización del artículo 1.438 CC, el Tribunal determinó que para que dicho resarcimiento sea otorgado, no es necesario que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge como consecuencia del mismo<sup>51</sup>. Esto es así ya que aquello que se compensa es exclusivamente la prestación gratuita del trabajo doméstico, sin entrar en mayores matices.

A su vez, la jurisprudencia ha ido determinando los criterios para poder valorar la aplicación del artículo 1.438 CC. En primer lugar en la STS, de 26 de marzo de 2015, señaló que para que dicho pago sea otorgado, la dedicación al trabajo doméstico de quien la solicita debe ser exclusivo. Por lo tanto, dicha persona no podrá tener un trabajo retribuido, ya sea a tiempo parcial o completo. Por otro lado, para poder recibirla, no es un inconveniente que dicha persona haya recibido ayuda, por parte de terceros, en las tareas del hogar<sup>52</sup>.

Sin embargo, en la STS, de 26 de abril de 2017, el Tribunal siguió interpretando la aplicación de dicha indemnización. En este caso, la esposa además de dedicarse a las tareas del hogar, trabajaba en el negocio familiar, con un salario moderado y con un contrato como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Ante esto, el TS determinó que *“la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una*

---

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 94/2018, de 20 de febrero 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones]. Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2021.

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 534/2011, de 14 de julio de 2011 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones]. Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2021.

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 135/2015, de 26 de marzo de 2015 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones]. Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2021.

*compensación, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar”<sup>53</sup>.*

Por otro lado, surge el problema de la cuantificación del importe de dicha indemnización en ausencia de pacto entre los cónyuges. En la STS, de 25 de noviembre, se determinó que la cantidad idónea sería *“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 la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar”*.<sup>54</sup> Además, tal como se recoge en las STS, de 25 de noviembre de 2015 y 31 de enero de 2014, a la hora de contabilizar la cantidad a pagar, deberán tenerse en cuenta otros factores como el tiempo de duración de la convivencia, la ayuda recibida por el cónyuge en las tareas domésticas<sup>55</sup> y la existencia de compensaciones percibidas durante el matrimonio en favor de quien solicita indemnización<sup>56</sup>.

Por último, cabe diferenciar esta indemnización de la pensión compensatoria. Mientras que la segunda pretende reparar el desequilibrio económico que un cónyuge sufre al perder oportunidades profesionales, como consecuencia de su exclusiva dedicación a la familia, la compensación del artículo 1.438 CC tiene como finalidad reparar directamente el valor de la dedicación pasada a la familia. Esta es entendida como una contribución exclusiva de un cónyuge al levantamiento de las cargas familiares.

Además, la indemnización solamente será aplicable a los matrimonios con régimen de separación de bienes. Por esta razón, dado que son supuestos independientes, es compatible el otorgamiento de ambos. Sin embargo, dado que ambas se cuantifican en torno a la dedicación a la familia, indudablemente, el cálculo de una, incide en la otra.

---

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 252/2017, de 26 de abril de 2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones]. Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2021.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 614/2015, de 25 de noviembre de 2015 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones]. Fecha de última consulta: 26 de marzo de 2021.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 16/2014, de 31 de enero de 2014 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones]. Fecha de última consulta: 26 de marzo de 2021.

<sup>56</sup> STS 135/2015, op. cit.

En el sistema británico, sí cabe la renuncia de las compensaciones cuyo objetivo sea evitar la desigualdad o desequilibrio de uno de los cónyuges por razón del matrimonio. En la demanda de Granatino, en el caso de Radmacher vs Granatino, ya introducido con anterioridad, el Tribunal desestimó la reclamación de una pensión con carácter vitalicio que le permitiera mantener el mismo nivel de vida que disfrutó durante el matrimonio<sup>57</sup>. Se determinó que debía darse una mayor importancia al acuerdo pactado entre los cónyuges y no limitarse al hecho de que las garantías del *Green Paper* no se cumplieran estrictamente. En esto sentido, se puede apreciar como la autonomía de la voluntad es mayor y más respetada en el sistema anglosajón que en el español.

No obstante, en ausencia de pactos, las compensaciones económicas que vienen determinando los juzgados británicos al cónyuge con menos ingresos o al cónyuge encargado de las tareas del hogar, es cada vez mayor. De esta forma, conforme al principio de equidad, hoy en día los tribunales británicos consideran compatible llevar la casa y la educación de los hijos con la actividad profesional a la hora de llevar a cabo el reparto igualitario del patrimonio<sup>58</sup>. De tal forma que estos cónyuges si bien no reciben un sueldo por sus tareas, deben ser compensados ya que contribuyen con los gastos del hogar de una forma distinta a la convencional.

#### 4. PACTOS SOBRE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

El artículo 90 del Código Civil, no alude a los alimentos de los mayores de edad a diferencia de lo que regula el artículo 232.3.4 del Código Civil catalán. En este se recoge que los cónyuges podrán pactar alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios. No obstante, aunque no venga recogido, dado que el convenio regulador es el mínimo, ello no evita incluir otras medidas como podrían ser los alimentos de los hijos mayores de edad.

Por otro lado, respetando siempre las normas imperativas, los cónyuges solo negociarán sobre aquellas situaciones que difieren de las bases que fijan las normas por defecto. En

---

<sup>57</sup> Gaspar Lera, S., op. cit., p. 19.

<sup>58</sup> Ortega Giménez, A., op. cit., p. 203.

esta línea, no podrán renunciar a los derechos que aún no han nacido a la hora de firmar el pacto<sup>59</sup>.

En el artículo 90 del Código Civil se recoge todo aquello que debe incluirse en el convenio regulador. Tal como se recogió en la resolución del 1 de septiembre de 1998 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la aprobación judicial solo se requiere para los pactos que afectan a los hijos o a aquellos derechos, que son extraídos expresamente de la autonomía de la voluntad. Uno de estos derechos es el de alimentos. El derecho de alimentos entre parientes se considera indisponible. Este está conectado con el principio de solidaridad familiar. De esta forma, no vinculan aquellos pactos que recojan renuncias a la satisfacción de las necesidades básicas del alimentista.

La pensión compensatoria y los alimentos son prestaciones distintas. No obstante, en ocasiones pueden llegar a fusionarse. Un ejemplo de esta situación sería la recogida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 4 de julio de 2002<sup>60</sup>. En este caso interviene un matrimonio, quienes pactaron en capitulaciones matrimoniales una pensión alimenticia y renunciaron a la pensión compensatoria. Sin embargo, en el artículo 263 del Código de Familia se impone solamente el deber de alimentos entre cónyuges.

De esta forma, el TSJ determinó la extinción de la pensión alimenticia por el término de dicho matrimonio. Sin embargo, dado que la desigualdad entre cónyuges subsiste, determinó el mantenimiento de dicha pensión de alimentos pactada en concepto de pensión compensatoria sin que pudiera llegarse a interpretar su previa renuncia. De esta forma, el TSJ estimó que si bien la pensión compensatoria tiene naturaleza indemnizatoria, en ocasiones puede llegar a desempeñar también una función alimenticia sin que esto implique que estas prestaciones sean equiparables.

La principal diferencia es que para poder recibir una pensión compensatoria, debe existir un desequilibrio económico fruto de una separación o divorcio. Por otro lado, para que se establezca una pensión de alimentos, debe existir una situación de necesidad por falta de medios. En la mencionada sentencia, puesto que uno de los cónyuges se

---

<sup>59</sup> Prats Albentosa, L., op. cit., p. 271.

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 21/2002, de 4 de julio de 2002 [versión electrónica - base de datos El Derecho). Fecha de última consulta: 26 de marzo de 2021.



encuentra en situación de necesidad tras la ruptura, los derechos de alimentos son cubiertos por la pensión compensatoria.

En cambio, en la sentencia del 22 de junio de 2011, el Tribunal Supremo niega que la prestación compensatoria tenga carácter alimenticio. En el proceso de divorcio iniciado a instancia del marido, la esposa solicitó una pensión compensatoria de 300 euros mensuales debido a la existencia de un desequilibrio económico originado por la ruptura. Sin embargo, el TS declaró que el reconocimiento de la pensión no debe determinarse en la situación de desigualdad económica sino que es necesario un desequilibrio económico resultado de comparar la situación anterior a la ruptura frente a la futura tras la separación. De esta forma, analizando el sueldo, deudas y los gastos de los hijos satisfechos a través de la pensión alimenticia por parte del marido, no procedía la concesión de pensión compensatoria a la mujer<sup>61</sup>.

La duda sobre la naturaleza alimenticia de ciertas prestaciones económicas en materia de separación o divorcio ha permitido debatir la posibilidad de pacto que limitara el derecho del beneficiario a recibirla. El pacto de renuncia no puede dejar a uno de los contrayentes en situación de necesidad tras la crisis matrimonial. Puesto que no hay forma de saber esto con antelación, el estudio deberá llevarse a cabo en el momento de la ejecución de la sentencia. Esto es así ya que las circunstancias desde el momento de la firma del pacto hasta el divorcio, pueden haber cambiado enormemente. De esta forma, el juez podrá corregir lo pactado garantizando así las necesidades mínimas de los cónyuges. Este ha de interpretar los pactos de manera restrictiva y siempre a favor de los intereses del renunciante.

En cuanto al sistema británico, el Tribunal Supremo sostiene que no resultará admisible un pacto por el que las partes renuncien anticipadamente a la satisfacción de sus necesidades más esenciales en el momento de la ruptura. De esta forma, una renuncia anticipada al derecho de alimentos será contrario al orden público. Además, si bien los acuerdos prematrimoniales tiene un valor evidencial, no son vinculantes para el Tribunal. Estos límites conllevan elevadas complicaciones a la hora de identificar

---

<sup>61</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 434/2011, de 22 de junio de 2011 [versión electrónica - base de datos El Derecho). Fecha de última consulta: 28 de marzo de 2021.

cuales de las medidas otorgadas por el Tribunal se corresponden con el derecho de alimentos y cuales de pensión compensatoria.

## 5. PACTOS SUCESORIOS

Los pactos sucesorios y la sucesión contractual están prohibidos según el Código Civil. No obstante, se pueden encontrar una gran diversidad de excepciones tras años de doctrina y jurisprudencia. Además, el aumento de la legislación sobre la sucesión contractual en zonas de Derechos forales españoles y su inclusión en el Derecho comparado europeo, llaman a la normalización de los pactos sucesorios en el sistema español. Si bien en la actualidad no se encuentran permitidos en el mismo, se espera su admisión en el futuro junto a la sucesión legal y a la testamentaria.

En España, debido a la diversificación de Derechos según las Comunidades Autónomas, se mantuvieron las formas de sucesión contractual en los territorios forales mientras que en el resto de regiones se aplica el Derecho Común, en el cual impera la prohibición general de pactos sucesorios. Se pueden encontrar diversas leyes forales que permiten los pactos sucesorios como puede ser el Derecho Balear. Asimismo, en el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, según el artículo 174 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia<sup>62</sup>, *“las capitulaciones podrán contener cualquier estipulación relativa al régimen económico familiar y sucesorio, sin más limitaciones que las contenidas en la ley”*<sup>63</sup>.

En la vigente Ley de Derecho Civil de Galicia del año 2006, se regulan los pactos sucesorios de mejora y de apartación<sup>64</sup>. Estas figuras son comúnmente aplicadas y son conocidas como “herencia de vida”. El pacto de mejora, es aquel por el cual se determina la sucesión de unos bienes concretos a favor de los descendientes tengan o no la condición de legitimario en el momento del otorgamiento. Por otro lado, el pacto

---

<sup>62</sup> Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

<sup>63</sup> Freire Barral, G., “Derecho Civil de Galicia (Lei 2/2006, do 14 de xuño)”. *Revista La Notaria, Colegio Notarial de Cataluña*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 74.

<sup>64</sup> García Fernández, J., “La llamada “herencia en vida” en Galicia: así son los pactos sucesorios de mejora y apartación”, *Garrigues Comunica*, 2020 (disponible en [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/llamada-herencia-vida-galicia-asi-son-pactos-sucesorios-mejora-apartacion](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/llamada-herencia-vida-galicia-asi-son-pactos-sucesorios-mejora-apartacion); última consulta 3/1/2021).

de apartación solo podrá formalizarse con quien tuviera la condición de legitimario en el momento de formalización. Los legitimarios en este caso incluyen a los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos así como al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho.

En cuanto al Derecho aragonés, el artículo 13 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad<sup>65</sup>, establece que *“los capítulos matrimoniales podrán contener 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”*. Asimismo, el artículo 2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte<sup>66</sup>, derogado en 2011, recogía, que *“la sucesión se defiende por pacto, por testamento o por disposición de la Ley”*<sup>67</sup>.

En el Derecho catalán, el artículo 231-19 de la Ley 25/2010<sup>68</sup>, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece que *“en los capítulos matrimoniales, se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial”*.

A su vez, el artículo 74 de la ley de Derecho foral vasco<sup>69</sup> establece que *“mediante capitulaciones matrimoniales, donación o pacto otorgado en escritura pública, se puede disponer la sucesión en bienes de los otorgantes, bien a título universal o particular. Los otorgantes podrán, asimismo, ordenar la transmisión actual de todos los bienes presentes, o parte de ellos, o bien diferirla al momento de la muerte”*. Con esto, podemos ver como el derecho foral ha avanzado en este tema hasta el punto de llegar a regularlo.

---

<sup>65</sup> Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

<sup>66</sup> Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte.

<sup>67</sup> Navarro Viñuales, J. M., “Legislación Civil de Aragón”, *Revista La Notaria, Colegio Notarial de Cataluña*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 256.

<sup>68</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

<sup>69</sup> Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

No obstante, tal y como se ha expuesto, el principio general es la prohibición de la sucesión contractual. Esto lo podemos ver reflejado en numerosos artículos del Código Civil. En primer lugar, el artículo 658 no menciona la sucesión contractual entre las modalidades de sucesión establecidas. Además, el artículo 991 establece la imposibilidad de poder aceptar o renunciar una herencia de forma prematura a la muerte del causante por lo que en adelante, prohíbe los contratos sucesorios. El 816 establece que toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el causante y sus herederos forzosos es nula y no podrán reclamarla una vez el mismo haya fallecido. Asimismo, los artículos 635, 655, 669 y 737 y siguientes, recogen rasgos fundamentales de los testamentos por los cuales los pactos sucesorios no estarían permitidos al no cumplir con los mismos<sup>70</sup>.

Este tipo de pactos se han definido como una ordenación de la sucesión de uno o varios causantes. Aún habiendo concierto de voluntades, se regulan por normas sucesorias en lugar de contractuales. El problema radica en que estos pactos adquieren eficacia desde su celebración pero no tienen eficacia plena hasta la muerte del causante. Por esta razón, están prohibidos por el artículo 1.271 del Código Civil. Tampoco son permitidos debido a la dificultad de asegurar su cumplimiento así como por su carácter de irrevocabilidad. Esto último distorsiona al Derecho común. Las nuevas tendencias abogan por una reforma del Código Civil donde se establezca un vínculo jurídico sobre una sucesión anticipada con el fin de que el pacto sea irrevocable salvo causas determinadas preestablecidas<sup>71</sup>.

Roca Sastre<sup>72</sup> diferenció entre pacto sucesorio y sucesión contractual. La última es una ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante queda vinculada con otra voluntad por lo que no puede revocarse unilateralmente. El pacto sucesorio, por otro lado, es un negocio jurídico, que puede ser a su vez *inter vivos*, que tiene por objeto la herencia futura, bien sea el causante parte del negocio o lo sea un extraño. En este último caben ciertas formas de revocación. No obstante, la mayor parte de la doctrina no los diferenció y por lo tanto parecen ambos irrevocables. El efecto de estos pactos es

---

<sup>70</sup> Rueda Esteban, L., “Organización de la sucesión ante la postura del Código Civil frente a los pactos sucesorios”, *Revista jurídica del Notariado*, n.106, 2018, pp. 250-251.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 250.

<sup>72</sup> Roca Sastre, R. M. y Roca-Sastre Mancunill, L. R., *Derecho Hipotecario (Tomo VI. Octava edición)*, Bosch, Barcelona, 1997.

el de limitar la libertad de testar de manera voluntaria. Su rasgo característico que lo diferencia de los testamentos, es la irrevocabilidad.

A lo largo de los años se ha intentado modificar la prohibición a estos pactos. En el año 2006, Cerdá Gimeno<sup>73</sup>, elaboró una tesis doctoral en la que criticó la redacción del Código Civil con respecto a la prohibición de la sucesión contractual y habilitó un proyecto de reforma para permitir los mismos. En 2018, la Asociación de Profesores de Derecho Civil de España redactó un borrador de proyecto del Código en el que se incluían dichos pactos. Debido al reciente aumento de separaciones y divorcios, estos pactos son inmensamente útiles en los casos de segundas nupcias para determinar la herencia de hijos de matrimonios previos.

Ante esta incertidumbre, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido interpretando y matizando la prohibición general a lo largo de los años. De esta forma, debido a las cláusulas dudosas que pueden surgir, los tribunales evalúan cada caso según las circunstancias particulares, provocando así una gran inseguridad jurídica. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1910 declaró que no se considera pacto sucesorio a favor del cónyuge aquel sobre bienes existentes en el patrimonio común, en tanto no se disponga de una universalidad de bienes<sup>74</sup>. Esto se debe a que el cónyuge superviviente lo percibe en calidad de beneficiario matrimonial y no sucesorio. Asimismo, la prohibición no alberga aquellos que sean sobre bienes determinados que formen parte del patrimonio futuro del consorte. De esta forma, el Tribunal Supremo parece admitir la sucesión contractual en ciertas situaciones según las circunstancias particulares.

Por otro lado, los pactos sucesorios sobre los bienes del patrimonio futuro pueden ser: onerosos, que se aceptarán si recaen sobre bienes concretos<sup>75</sup> mientras que estarán prohibidos si recaen sobre una cuota de la herencia. Si por el contrario son gratuitos, se asemejan a las donaciones *mortis causa* y producirán los efectos de las normas de la sucesión testamentaria. Estos no tendrán contraprestación, serán revocables y se les

---

<sup>73</sup> Cerdá Gimeno, J. *La prohibición de la sucesión contractual*. Tirant Lo Blanch, 2007.

<sup>74</sup> Ordóñez Armán F.M. y Botana López, J. M. “La autonomía de la voluntad y el derecho de sucesiones de Galicia”, *Real Academia Gallega de Jurisprudencia y de Legislación*, p. 33 (disponible en <https://ragjyl.gal/wp-content/uploads/2016/12/Libro-Francisco-Ordenez.pdf>; última consulta 10/01/2021).

<sup>75</sup> Rueda Esteban, L., op. cit., p. 255.

aplicará normativa de la sucesión *mortis causa*. Por lo tanto, no son considerados pactos sucesorios.

Además, el artículo 1.341 del Código Civil recoge que como consecuencia de la unión matrimonial, los futuros esposos podrán donarse bienes presentes. A su vez, podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, si bien, esto se daría solamente para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada.

En cuanto al sistema anglosajón, desconoce la figura del pacto sucesorio. No obstante, sí reconoce otro tipo de contratos que presentan ciertas similitudes con los pactos sucesorios al repercutir sobre la sucesión de uno de los otorgantes. De esta forma, podemos encontrar dos tipos de contratos. En primer lugar, se encuentran los contratos para hacer testamento y por otro, la renuncia del cónyuge a los posibles derechos que pueda tener sobre la herencia del otro.

Los primeros, los *contracts to make wills*, son aquellos en los que una de las partes, se compromete frente a la otra a otorgar un testamento con determinadas disposiciones o a abstenerse de modificar una disposición ya realizada, bien a favor del otro contratante o de un tercero. De esta forma, se permite que una persona se comprometa frente a otra a través de un contrato a dejarle a través de testamento una propiedad específica o el conjunto de su patrimonio<sup>76</sup>. Sin embargo, para que dicho contrato tenga plena eficacia, es necesario que el causante realice un testamento que recoja lo estipulado en el mismo.

El otro tipo de contratos, otorgan, entre otras cuestiones, la posibilidad de renunciar por contrato, por parte del cónyuge, a determinados derechos con contenido hereditario. Al igual que los anteriores, para que estos contratos sean válidos, requieren una contraprestación. De esta forma, las legislaciones anglosajonas reconocen al cónyuge superviviente ciertos derechos en la herencia del causante. Dado que no existen normas imperativas sobre legítimas que restrinjan la libertad de disposición del causante, existen ciertos mecanismos de protección para las personas que dependen del causante

---

<sup>76</sup> Rodríguez-Uría Suárez, I. “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *Universidad de Santiago de Compostela*, 2013, pp. 57-58 (disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/61965152.pdf>; última consulta 21/03/2021).

en el momento en que este fallece, entre las que se puede encontrar el cónyuge superviviente. Con esto, se puede apreciar cómo en el sistema anglosajón se produce una mayor libertad a la hora de pactar las capitulaciones matrimoniales así como un mayor respeto a la autonomía de la voluntad frente al español.

## **CAPÍTULO V: ADMISIBILIDAD CAPITULACIONES EXTRANJERAS EN REINO UNIDO**

Los bienes privativos de los cónyuges no están protegidos y por ende, cuando existen necesidades, sobre todo necesidades de alojamiento, a los tribunales ingleses no les importa la procedencia del bien a la hora del reparto del patrimonio en el procedimiento de divorcio, a excepción de matrimonios de muy corta duración. Esto se puede ver reflejado en el caso del matrimonio de Paul McCartney y Heather Mills. A pesar de que ella no aportó nada al matrimonio y él era quien aportaba todos sus bienes al mismo, la señora Mills recibió 25 millones de libras. Esta elevada cantidad de dinero tenía el fin de cubrir sus necesidades. En este caso se puede observar como los Tribunales ingleses no tienen ningún reparo en transmitir bienes de un cónyuge a otro, y ello incluye hasta las pensiones de jubilación. Un tribunal inglés puede incluso llegar a transmitir la titularidad de una propiedad recibida por herencia por una de las partes a la otra si lo considera necesario. El hecho de quién sea titular del bien es irrelevante a efectos prácticos.

Si bien no existe una regulación acerca del régimen económico matrimonial ni de las capitulaciones matrimoniales, la jurisprudencia inglesa está avanzando enormemente en esta temática tan dudosa. Se pueden encontrar casos recientes como el de *Z y Z* de 2011. En este caso, se recoge la separación de un matrimonio acogido al régimen de separación de bienes francés pactado por los cónyuges. Acorde a este régimen, en Francia la esposa hubiera recibido el 15% del haber conyugal. No obstante, el Tribunal británico, de acuerdo con sus criterios, le otorgó un 40%. En el caso de que no hubieran firmado el pacto sobre el régimen económico matrimonial, la esposa habría recibido, con casi total seguridad, el 50% del haber conyugal. En este caso, el patrimonio de las partes era muy elevado, el cual excedía con creces sus necesidades. El 40% de los bienes otorgados permitió que la esposa tuviese más que suficiente para vivir manteniendo un alto nivel de vida al que venía estando acostumbrada. En un asunto más modesto es muy dudoso que el hecho de que el matrimonio hubiera firmado unas capitulaciones fijando su régimen económico matrimonial tuviera efecto alguno en las medidas definitivas<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Ortega Giménez, A., op. cit., pp. 205-206.



Si bien esta sentencia se refiere al régimen económico matrimonial francés, con un caso español sucedería lo mismo. Aunque un matrimonio hubiera firmado pactos matrimoniales, los tribunales británicos podrían llegar a obviarlos con el fin de llevar a cabo un reparto equitativo y cubrir las necesidades de ambos cónyuges. De esta forma, se puede observar una gran inseguridad jurídica al respecto.

En la sentencia de la Corte Suprema del caso *Radmacher vs Granatino* de 2010, ya introducida con anterioridad, se determinó que el análisis de los acuerdos prematrimoniales debe llevarse a cabo en dos fases. En primer lugar, debe tenerse en cuenta la equidad procesal, es decir, determinar que en el momento del acuerdo de los pactos existiera pleno conocimiento y consentimiento por parte de ambos cónyuges y por otro lado, se debe determinar que dichos pactos son justos en el momento del desenlace. Esto quiere decir que se deberán respetar dichos acuerdos pactados por las partes siempre y cuando no existiera una situación de injusticia en dicho momento. Por lo tanto, habría que atenerse a las circunstancias actuales de la pareja en el momento de la separación para determinar si hubiera habido grandes cambios en la situación de cada parte. Esta segunda fase hace referencia a la equidad sustantiva. Por lo tanto, una vez más la jurisprudencia reconoce la posibilidad de evadir los pactos entre cónyuges.

La primera fase consiste en la protección de la autonomía de la voluntad de las partes. Se centra en garantizar que los pactos se firmaron con plena libertad e información. Por el contrario, en la segunda, incluso si el acuerdo se firmó libremente, con pleno conocimiento y de manera autónoma, podría ser anulado o revocado por el Tribunal. Esto sucedería si en circunstancias actuales, dicho pacto se considerara abusivo. De esta forma, en esta última fase se estaría protegiendo al cónyuge respecto de la autonomía de la voluntad.

Recientemente en Reino Unido se ha abierto una corriente jurisprudencial favorable a los acuerdos acerca del derecho de alimentos a los hijos después de que un Tribunal londinense considerara válido el firmado por una multimillonaria alemana y su marido, en el que ambos se comprometieron a no hacer reclamaciones financieras en caso de divorcio. El esposo cambió de opinión y solicitó parte de la fortuna alegando que el acuerdo firmado en Alemania no era vinculante en Inglaterra. Si bien el Tribunal Supremo le dio la razón, el Tribunal de Apelación falló a favor de la esposa y consideró

válido el acuerdo firmado en Alemania ya que determinaron que Inglaterra no podía quedar aislada de lo que pasara en otros países y calificaron la actual legislación de anticuada. Así, anularon la resolución del Tribunal inferior y concedieron al marido 1,1 millones de euros y una vivienda para recibir las visitas de sus dos hijas, de 6 años. Si bien, esa residencia pasaría a manos de la esposa cuando las niñas cumplieran 22 <sup>78</sup>.

Por otro lado, en cuanto a los procedimientos de separación y divorcio, tal y como se recoge en *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, el juez británico tiene plena competencia para conocer procedimientos de divorcio sin perjuicio de que la unión matrimonial se haya celebrado en el extranjero, siempre y cuando uno de los esposos esté domiciliado en Inglaterra o Gales en la fecha de introducción de la demanda o bien haya tenido la residencia habitual en el año precedente a la misma <sup>79</sup>.

Asimismo, cabe mencionar que desde el 29 de enero de 2019, comenzaron a ser aplicables en la Unión Europea el Reglamento 2016/1103 <sup>80</sup> sobre regímenes económicos matrimoniales y el Reglamento 2016/1104 <sup>81</sup> sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas. Desde ese momento, se unificaron las reglas de conflicto normativo entre los Estados participantes, determinando la jurisdicción competente y la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los matrimonios y parejas registradas con un competente internacional.

De esta forma, desde la entrada en vigor de dichos Reglamentos, se permite que las parejas internacionales puedan regular su régimen económico a través de una legislación diferente a la de su nacionalidad. Si bien, para esto será necesario que el caso concreto contenga elementos extranjeros. Así, dos cónyuges españoles que residen habitualmente en Londres podrán elegir la Ley británica como Ley reguladora de sus relaciones patrimoniales.

---

<sup>78</sup>Ortega Giménez, A., op. cit., pp. 206-207.

<sup>79</sup>Rentería, A., op. cit., pp. 465-466.

<sup>80</sup> Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

<sup>81</sup> Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

## CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

A través de la comparación de los sistemas español y anglosajón acerca de la regulación de los pactos prematrimoniales, se ha podido observar la gran disparidad existente entre ambos ordenamientos. Desde que el Código Civil se redactó en 1889, la sociedad española ha cambiado inmensamente. La introducción de la tecnología así como la inserción de la mujer en el mercado laboral y la aparición de la figura de las parejas de hecho hacen necesario un cambio en la regulación. El sistema común español en comparación con los Derechos forales es extremadamente arcaico. En muchas Comunidades Autónomas se ha logrado un gran avance en la materia y lo que antes era Derecho foral en España ha pasado a ser Derecho Civil autonómico.

Tras analizar en profundidad las capitulaciones matrimoniales, se ha podido apreciar la falta de libertad y respeto a la autonomía de la voluntad de los españoles a la hora de pactar estos acuerdos en comparación con el sistema anglosajón. Un gran ejemplo sería el caso de los pactos sucesorios, no aceptados por el Código Civil, que los Derechos Civiles autonómicos reconocen y desarrollan. Estos pactos supondrían una gran solución para evitar discusiones sucesorias. Esto es muy importante en casos de segundas nupcias con hijos de matrimonios previos con el fin de poder salvaguardar los derechos de los mismos. Otro ejemplo serían los pactos sobre liquidación de un patrimonio, no solamente en casos de desavenencia y ruptura sino también por causa de muerte. En esta línea, propongo *de lege ferenda* la aceptación de los pactos sucesorios en las capitulaciones matrimoniales con el fin de salvaguardar el respeto a la autonomía de la voluntad de los firmantes tal y como lo defienden otros sistemas jurídicos.

Por otro lado, en el contexto actual, la mayor parte de la población se limita a firmar capitulaciones matrimoniales básicas sin adentrarse en la inmensa variedad de estipulaciones existentes. Esto se debe a la falta de seguridad jurídica de estos contratos al existir enormes vacíos legales. La mayor parte de los ciudadanos tienen miedo a pactar ciertas cláusulas ya que estas no les afectarían solamente a ellos sino también a sus hijos. De esta forma, tienden a aferrarse a lo seguro y evitarse futuros disgustos.

Los pactos sucesorios promueven una gran inseguridad jurídica ya que si bien en principio se encuentran prohibidos por la ley, se pueden llegar a hallar algunas

excepciones en el propio Código Civil así como su admisión en abundante jurisprudencia. De la misma forma, existe una gran inseguridad jurídica en relación con la pensión compensatoria, el derecho de alimentos y la indemnización del artículo 1.438 CC. Existe una gran incertidumbre a la hora de pactar dichas cláusulas y por esta razón, debería llevarse a cabo una reforma del Código Civil con el fin de sostener un sistema legal justo y avanzado similar al del resto de países cercanos.

En cuanto a la figura de las parejas de hecho, suponen una gran inseguridad jurídica debido a su escasa regulación. En 2019 entraron en vigor los Reglamentos de la Unión Europea 2016/1103 y 2016/1104 sobre REM de matrimonios de uniones de hechos. El segundo, a diferencia del primero sobre regímenes económicos matrimoniales, define el concepto “unión registrada”. Esto se llevó a cabo para unificar el tratamiento diferenciado de las diversas legislaciones de los Estados miembros. Se puede ver como poco a poco se va asimilando y normalizando esta nueva forma de unión en Europa. Si bien, una vez más, España se ha quedado retrasada frente a la evolución del resto de sistemas extranjeros.

Por otro lado, el aumento de los divorcios está suponiendo un gran colapso en la justicia española y es un tema al que debería ponerse solución. Una forma de poner fin a esta situación sería el aprovechamiento del gran potencial de las capitulaciones matrimoniales. Esto es imprescindible fundamentalmente para evitar conflictos económicos. Si se pactaran las capitulaciones matrimoniales completas y se hiciera uso de las grandes posibilidades que ofrecen, se evitarían muchos procedimientos judiciales en el momento de la separación, agilizando así el sistema judicial español.

Un ejemplo de pacto escasamente utilizado y extremadamente útil para salvaguardar los intereses del cónyuge dedicado al cuidado del hogar familiar, es la indemnización del artículo 1.438 CC. Este artículo determina el reconocimiento del tiempo y esfuerzo aportados por uno de los cónyuges a las tareas del hogar de forma gratuita en el caso de que esta situación haya resultado en una situación de desigualdad tras la separación entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto. Si bien, cabe diferenciar esta indemnización de la pensión compensatoria. Mientras que la segunda pretende reparar el desequilibrio económico que un cónyuge sufre al perder oportunidades profesionales como consecuencia de su exclusiva dedicación a la familia,

la compensación del artículo 1.438 CC tiene como finalidad reparar directamente el valor de la dedicación pasada a la familia. Esta es entendida como una contribución exclusiva de un cónyuge al levantamiento de las cargas familiares.

La necesidad de llevar a cabo un cambio se ha podido apreciar tras el confinamiento. Las demandas de separación y divorcio aumentaron un 16,6% en el tercer trimestre de 2020. Este aumento se produjo después del impacto que el confinamiento, la suspensión de plazos procesales y la adopción de medidas de seguridad e higiene para hacer frente al Covid-19 tuvieron en la actividad de los órganos judiciales durante el segundo trimestre del año.

Además, en España existe un gran cuerpo notarial extraordinariamente preparado del que podríamos hacer uso para solucionar este problema. Por el momento, los notarios no tienen ninguna potestad sobre la situación de los menores. Para poder despejar el trabajo de los tribunales debería permitirse la intervención de dichos funcionarios en los divorcios de mutuo acuerdo incluso en los casos en los que intervinieran menores. Si bien, esto se llevaría a cabo con la constante comprobación de la salvaguarda de los intereses de los menores y en caso de duda, se procedería a su remisión al juzgado.

De esta forma, los notarios están siendo infravalorados y no se les está otorgando la suficiente confianza y poder. Por consiguiente, están siendo desaprovechados numerosos funcionarios muy bien formados a expensas del colapso judicial. Además, en España solo se admite pactar capitulaciones matrimoniales en un momento previo o posterior al matrimonio. Sin embargo, si se permitiera el otorgamiento de capitulaciones en el propio momento de la unión matrimonial, se facilitarían mucho los trámites notariales y se llegaría incluso a ahorrar costes, produciendo una mayor eficiencia en el funcionamiento del sistema. Asimismo, se podría incluso llegar a introducir la tecnología para la aceleración de estos procesos a través del uso de *blockchain*.

Si bien este problema es reciente ya que antiguamente los pactos prematrimoniales eran muy poco frecuentes, los divorcios son cada vez más comunes. Por consiguiente, debe establecerse una solución antes de que se convierta en un problema mayor y pueda afectar a otros ámbitos de la justicia más notorios.

## **CAPÍTULO VII: BIBLIOGRAFÍA**

### **1. LEGISLACIÓN**

*Inssolvency Act 1986.*

*Law of Property Act 1925.*

Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte.

Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Ley 6/2015, de 13 mayo, de armonización del Código Civil de Cataluña.

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

*Matrimonial Causes Act 1973.*

Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

## 2. JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 377/2001, de 14 de mayo de 2001 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones). Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6928/1992, de 26 de junio de 1992 [versión electrónica - base de datos El Derecho). Fecha de última consulta: 8 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 21/2002, de 4 de julio de 2002 [versión electrónica - base de datos El Derecho). Fecha de última consulta: 26 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 217/2011, de 31 de marzo de 2011 [versión electrónica - base de datos El Derecho). Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 434/2011, de 22 de junio de 2011 [versión electrónica - base de datos El Derecho). Fecha de última consulta: 28 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 534/2011, de 14 de julio de 2011 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones). Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 16/2014, de 31 de enero de 2014 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones). Fecha de última consulta: 26 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 135/2015, de 26 de marzo de 2015 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones). Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 572/2015, de 19 de octubre de 2015 [versión electrónica – base de datos El Derecho]. Fecha de última consulta: 15 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 614/2015, de 25 de noviembre de 2015 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones). Fecha de última consulta: 26 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 252/2017, de 26 de abril de 2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones). Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 94/2018, de 20 de febrero 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones). Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 569/2018, de 15 de octubre de 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi Instituciones). Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2021.

### 3. OBRAS DOCTRINALES

Ayerra Michelena, K., *Derecho Civil Vasco de Familia. Comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 45-71.



Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil (tomo VII)* (Arts. 1265 a 1484), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9.374-9.398.

Bromley, P. M., *Family Law*, Butterworths, Londres, 1981, p. 170.

C.A.E., I.R.E.N.E. y C.N.U.E., *Couples in Europe: Matrimonial and Registered Partnership Regimes. National law of 33 european countries* (edition 2019-2020), Grecia, 2020, pp. 723-724.

Cantero Núñez, F. J., Castán Pérez-Gómez, J., García de Blas Valentín-Fernández, M. L., Garrido de Palma, V. M. y Rueda Esteban L., *Instituciones de Derecho Privado (Tomo IV. Familia. Volumen 1º)*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 232-246, 691-705.

Cerdá Gimeno, J. *La prohibición de la sucesión contractual*. Tirant Lo Blanch, 2007.

Freire Barral, G., “Derecho Civil de Galicia (Lei 2/2006, do 14 de xuño)”. *Revista La Notaria, Colegio Notarial de Cataluña*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 74.

Garrido de Palma, V. M., “El régimen económico matrimonial español: Código Civil y regulaciones autonómicas”, *Revista jurídica del Notariado*, n.97-98, 2016, pp. 155-161.

González del Pozo, J. P., “Acuerdos y contratos prematrimoniales (III)”, *Boletín de Derecho de Familia*, n. 81, 2008.

Martínez Sanchiz, J. A., *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, pp. 218-220.

Navarro Viñuales, J. M., “Legislación Civil de Aragón”, *Revista La Notaria, Colegio Notarial de Cataluña*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 256.

Prats Albentosa, L., *Autonomía de la voluntad en el derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado (Tomo I, Derecho de la persona, familia y sucesiones)*, Wolters Kluwer, España, 2012, pp. 196- 271.

Rentería, A., *Manuel de droit privé et de justice préventive en Europe*, I.R.E.N.E., Bilbao, 2007, pp. 464-466.

Roca Sastre, R. M. y Roca-Sastre Mancunill, L. R., *Derecho Hipotecario (Tomo VI. Octava edición)*, Bosch, Barcelona, 1997.

Rueda Esteban, L., “Organización de la sucesión ante la postura del Código Civil frente a los pactos sucesorios”, *Revista jurídica del Notariado*, n.106, 2018, pp. 250-255.

Ventoso, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pp. 96-97.

Verwilghen, M., Mahieu, S., Union Internationale du Notariat Latin y Commission des Affaires Européennes et de la Méditerranée. *Régimes Matrimoniaux Successions et Libéralités dans les relations internationales et internes III*, Bruxelles: Bruylant, 2003, Bruselas, pp. 2.239-2.276.

#### 4. RECURSOS DE INTERNET

Conferencia de Notarios de la Unión Europea, “Couples in Europe. The Law for couples in the 27 EU countries.” (disponible en <http://www.coupleseurope.eu/en/united-kingdom/topics>; última consulta 5/11/2020).

García Fernández, J., “La llamada “herencia en vida” en Galicia: así son los pactos sucesorios de mejora y aportación”, *Garrigues Comunica*, 2020 (disponible en [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/llamada-herencia-vida-galicia-asi-son-pactos-sucesorios-mejora-apartacion](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/llamada-herencia-vida-galicia-asi-son-pactos-sucesorios-mejora-apartacion); última consulta 3/1/2021).

Gaspar Lera, S., “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés”. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 2012, pp. 16-19 (disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/913\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/913_es.pdf); última consulta 7/11/2020).

Instituto Nacional de Estadística, “España en cifras 2019”, *INE*, 2019, p.14 (disponible en [https://www.ine.es/prodyser/espa\\_cifras/2019/14/](https://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2019/14/); última consulta 8/03/2021).

Ordóñez Armán F.M. y Botana López, J. M. “La autonomía de la voluntad y el derecho de sucesiones de Galicia”, *Real Academia Gallega de Jurisprudencia y de Legislación*, p. 33 (disponible en <https://ragjyl.gal/wp-content/uploads/2016/12/Libro-Francisco-Ordenez.pdf>; última consulta 10/01/2021).

Ortega Giménez, A., “El Régimen Económico Matrimonial en el Reino Unido” *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n. 23, 2017, pp. 202-207 (disponible en <https://www.revistabarataria.es/web/index.php/rb/article/view/361/330>; última consulta 28/12/2020).

Rodríguez-Uría Suárez, I. “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *Universidad de Santiago de Compostela*, 2013, pp. 57-58 (disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/61965152.pdf>; última consulta 21/03/2021).

Scherpe, J. M., “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2012, pp. 4-15 (disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/890\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/890_es.pdf); última consulta 8/03/2021).