



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2017/2018
Convocatoria: Marzo

LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA
PRENUPTIAL AGREEMENTS PRIOR BREAKUP OF MARRIAGE

Realizado por la alumna D^a Minerva Elena Santos Fumero

Tutorizado por el Profesor D. Miguel Gómez Peral

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas – Área de Derecho Civil

Área de conocimiento: Derecho Civil

ABSTRACT

Within the framework of freedom and equality given by Law 13/2005, a new way of understanding the autonomy of the will of the spouses emerges. These can carry out all types of contracts among themselves (respecting certain limits). They are the best able to regulate all the aspects that affect them, even foreseeing an eventual marital crisis. Prenuptial agreements are presented in anticipation of breakups as a tool that allows couples to reach an agreement in sight of their better interests. It is necessary that the legislator echoes this situation and regulates with its own substantivity the pacts, well seen for a long time both by doctrine and by jurisprudence.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

En el marco de libertad e igualdad dado por la Ley 13/2005, surge una nueva forma de entender la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Estos pueden llevar a cabo todo tipo de contratos entre sí (respetando ciertos límites). Son ellos lo que mejor están capacitados para regular todos los aspectos que les afectan, incluso previendo una eventual crisis conyugal. Se presentan así los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura como una herramienta que permita la configuración del matrimonio conforme a las circunstancias de cada pareja, tal y como cada una pretenda regular los aspectos personales y patrimoniales de su vida en común. Es necesario que el legislador se haga eco de esta situación y regule con sustantividad propia los pactos, bien vistos desde hace tiempo tanto por doctrina, como por jurisprudencia.

1. INTRODUCCIÓN.....	4 – 8
2. LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA.....	9 - 32
a. Naturaleza jurídica. 9.	
b. Límites a la autonomía de la voluntad. 17	
c. Materias susceptibles de inclusión y exclusión, especial mención a la pensión compensatoria. 18	
d. Vicios del Consentimiento. 29	
e. Aspectos Formales. 31	
3. ANÁLISIS DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA EN EL CÓDIGO DE FAMILIA CATALÁN. BREVE COMENTARIO AL DERECHO FORAL.....	32-37
4. PACTOS PREMATRIMONIALES EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA.....	38-45
5. LEY APLICABLE A LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.....	46-48
6. CONCLUSIONES.....	48-49
7. BIBLIOGRAFÍA.....	49-53

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 52 del Código Civil de 1889 establecía de manera originaria que *«El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.»*. Haría falta cuarenta y dos años para que la Constitución de la Segunda República proclamara en su artículo 43: *«La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para uno y otro sexo, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso de justa causa»*. Bajo este gobierno se publicaría en 1932 la Ley del Divorcio, pionera en España (derogada el 5 de octubre de 1939 bajo el régimen franquista). En ella únicamente era posible el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o por alguna de las causas comprendidas en su artículo 3 que, en esencia, se basaban en el incumplimiento de los deberes conyugales, pudiendo solamente instar el divorcio el cónyuge inocente. Dándose incumplimiento de uno, o acuerdo de los dos, el artículo 30 venía a reconocer un derecho de alimentos a la parte que careciera de bienes bastantes para subsistir por sí mismo¹. Vemos, por primera vez, lo que se convertiría a lo largo del tiempo en un objetivo legislativo de protección al más débil.

Instaurado el sistema democrático, se promulga la Ley 30/1981², que presentaría el divorcio como el último recurso al que podrían optar los cónyuges una vez superados una serie de obstáculos, a saber: la previa

¹ Ley de Divorcio, de 2 de marzo de 1932, Gaceta de Madrid.

² Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

separación, el transcurso de unos dilatados períodos de tiempo, o la incidencia de la culpa en ciertos aspectos de la crisis matrimonial³.

La reforma establecida sobre el Código Civil en 2005 mediante la ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio, supuso un avance legislativo, con respecto a los nuevos tiempos que corrían; con ella llegaríamos a establecer un modelo de amplia libertad cuyo único requisito es el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio hasta la solicitud formal de separación (art. 81 CC), prescindiendo incluso del requisito anterior de la separación previa. Sin duda la sociedad española ha ido dejando atrás las ataduras morales que condicionaron durante nuestro pasado social y legislativo la institución matrimonial. Se suele poner como mayor ejemplo de ello la inclusión a nuestro Ordenamiento Jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo⁴, sin embargo, la situación que en definitiva más avance ha supuesto para la institución conyugal ha sido la incorporación de la mujer al mercado laboral. El primer adelanto legal en este sentido vino de la mano de la Ley 14/1975⁵, que vino a modificar diversos preceptos del Código Civil. Entre ellos, el CC declaró en su artículo 62 que *el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges* (en especial de la mujer). Reconociéndose así sus posibilidades de actuación y, suprimiendo a su misma vez, el requisito de la licencia marital (que venía exigiendo el Código antes de dicha reforma para

³ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, primera edición, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 15 y ss.

⁴ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁵ Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

los actos y contratos de la mujer, por ejemplo, para aceptar o repudiar una herencia). Aun así, no se llegaba a establecer la igualdad jurídica de manera plena, pues continuaba reconociéndose al marido como administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario (art. 59 CC).

Se consagraría la liberación legislativa de la mujer pocos años más tarde en sendos artículos 14 y 32 de la Constitución⁶. Pero, no tendría sentido predicar dicha pretendida igualdad jurídica entre el hombre y la mujer si sus circunstancias sociales y económicas son dispares; desde los años 40 hasta bien entrada la democracia eran pocas las mujeres que contaban con un trabajo remunerado. Las que sí lo tenían eran predominantemente solteras (más del ochenta por ciento), y al casarse, una mayoría abrumadora abandonaba su trabajo y carrera profesional para dedicarse al cuidado del hogar y de la familia⁷. Ante esta realidad, el remedio legislativo fue esa protección al sujeto sobre el que de mayor manera podrían recaer los abusos; actuando así en previsión de las nefastas consecuencias que el fin de la vida conyugal podría suponer para la mayoría de las mujeres españolas, cuya única fuente de ingresos radicaba en el matrimonio.

De esta manera llegamos a la reforma de 2005 cuya exposición de motivos ahonda en la libertad de decisión y autonomía para los cónyuges frente a las normas imperativas: *«La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. (...) el respeto al libre desarrollo de*

⁶ MUÑOZ GARCÍA, M.J., “Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el derecho histórico español. Especial referencia a las leyes 54 a 61 del Ordenamiento de Toro y a su proyección.”, Tesis Doctoral. Universidad de Extremadura, 1989, página 455.

⁷ MILLÁN-VÁZQUEZ DE LA TORRE M., SANTOS-PITA M.P y PÉREZ-NARANJO L. M., “Análisis del mercado laboral femenino en España: evolución y factores socioeconómicos determinantes del empleo”, *Papeles de Población*, núm. 84, 2015.

la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge.⁸».

Podríamos decir, en palabras de BERROCAL LANZAROT, que se ha pasado de un matrimonio-institución a un matrimonio-contrato⁹, produciéndose una privatización del matrimonio, que permite a los cónyuges modificar los esquemas legales adaptándolos a sus necesidades; de forma que en uso de su autonomía de la voluntad pueden configurar el marco normativo de sus relaciones jurídico-matrimoniales, fundamentalmente en el orden económico¹⁰. En consonancia con este nuevo enfoque de la institución del matrimonio, parece justo plantearse por qué la Ley no dio un paso más allá incidiendo en esta configuración contractual, pues podría ser útil fijar mediante un pacto prenupcial cuestiones como la eventual compensación a la que daría lugar la separación o el divorcio, o las decisiones sobre la vivienda conyugal, o, en fin, todas las consecuencias de contenido económico que pudieran afectar a los cónyuges. Parece adecuado plantear la posibilidad de que los cónyuges puedan realizar pactos en previsión de una futura ruptura, más allá de la regulación del modo de afrontar su vida en común, y que genéricamente se ha reconducido al pacto sobre el régimen económico del matrimonio contenido en las capitulaciones matrimoniales. Estos pactos previsorios, en los que ahondaremos, carecen

⁸ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

⁹ BERROCAL LANZAROT, A I., “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 5, 2015. Página 1.

¹⁰ PAZ-ARÉS RODRÍGUEZ I., *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares. Homenaje a Luís Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 100.

de tradición en nuestro Ordenamiento, por lo que adolecen de un régimen jurídico específico y común, lo cual no quiere decir que no existan. Dicha ausencia de regulación viene a ser suplida por una doctrina que afirma su validez y eficacia¹¹. En este sentido, AGUILAR RUIZ señala que la mayoría de futuros cónyuges que suscriben estos pactos prematrimoniales ya han tenido otros matrimonios (con frecuencia, frustrados) y cuentan con hijos menores, lo que parece moverlos a actuar con cautela ante una nueva unión, advirtiendo de antemano las consecuencias que para su economía podría tener una futura ruptura con la nueva pareja¹².

Como decíamos, dicha regulación no es del todo ajena en nuestro Ordenamiento Jurídico, pues posee en su haber con una regulación expresa en los artículos 231-19 y siguientes del Código Civil Catalán. Asimismo, y donde sí cuentan con una más que consolidada tradición es en el derecho norteamericano, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. No permanecen ajenos a ellos en otras partes del mundo como Sudamérica, China, o Australia¹³.

¹¹ STS Sala de lo Civil, Sentencia núm. 217/2011, de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011\3137). (En sus Fundamentos tercero y cuarto declara la validez de los contratos celebrados entre cónyuges en previsión de futuras rupturas.)

¹² AGUILAR RUIZ L., “Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en la crisis de pareja”. *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI*, Thomson Reuters, Navarra 2014, p. 23.

¹³ CERVILLA GARZÓN, M. D., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 57 y ss.

2. LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA

a. Naturaleza jurídica

Cuando hablamos de pactos prematrimoniales nos referimos a aquellos acuerdos que pueden celebrar los cónyuges antes de contraer nupcias, o después de este momento, pero sin que haya acaecido la crisis conyugal. El fin es dejar determinadas las consecuencias a las que se enfrentarán en caso de separación o divorcio. La nota que permite diferenciar a los acuerdos prematrimoniales tanto del convenio regulador (artículo 90 CC), como de las capitulaciones (artículo 1325 CC), como de los pactos privados de la separación de hecho, es que los primeros han de celebrarse con anterioridad a la crisis conyugal¹⁴. Aun así, y a pesar de su nombre, los acuerdos no serán necesariamente prenupciales, podrán pactarse constante matrimonio y, como cualquier otro pacto adherido a las capitulaciones, podrían modificarse después. Recalcamos la idea de que lo relevante será su naturaleza preventiva: se acuerdan en previsión de una crisis que no ha nacido, y que, incluso, puede que no llegue a nacer nunca, para surtir los efectos que la pareja les haya destinado, en base a la autonomía de su voluntad.

Como ya sabemos, el matrimonio es un contrato (*sui generis*) en cuya virtud se origina un acuerdo de voluntades, del que nacen derechos y obligaciones para las partes que consienten de manera voluntaria a él, y produce (como cualquier contrato) efectos jurídicos. Sin embargo, presenta determinadas características singulares, que indudablemente le distingue de

¹⁴ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., Op. Cit., pp. 78 y 79.

otros contratos. En consecuencia, según establece la doctrina¹⁵, y la jurisprudencia (que veremos a continuación), e incluso el propio Código Civil (al situar las normas que regulan el régimen económico matrimonial en el Libro Cuarto «De las obligaciones y contratos»), se puede concluir que los pactos prematrimoniales participan de manera notoria del derecho de contratos, dentro del ámbito del derecho de familia. Le serán, por lo tanto, de aplicación toda la teoría general de los contratos, salvando las debidas distancias.

Si bien carecen de reconocimiento expreso en el derecho común (ya que, como tendremos ocasión de ver, el derecho foral no es ajeno a estos pactos) e incluso podríamos decir, en la tradición latina, la validez del negocio jurídico que nos ocupa encuentra su base legal, de manera primaria y fundamental, en la Constitución: en el principio de libertad y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10), en el principio de igualdad (artículos 14 y 32), y en el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3).

Pero, sobre todo, encontrará su mayor acomodo en nuestro Código Civil. En este sentido, cabe mencionar la Ley 11/1981¹⁶ que permitió a las partes estipular, modificar o sustituir el régimen económico, así como pactar sobre cualesquiera otros asuntos o materias en relación con el matrimonio. El artículo 1255 CC (que recoge la libertad contractual, y el principio de autonomía de la voluntad) determina que asiste a los cónyuges el derecho a establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente,

¹⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad* en Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales, primera edición, Valladolid, Lex Nova, 2009, página 6; GONZÁLEZ DEL POZO, J., “Acuerdos y Contratos Prematrimoniales (I)”, *Boletín de Derecho de Familia*, número 81, 2008, página 10; BARRIO GALLARDO Op. cit., página 8... entre muchos otros.

¹⁶ Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

con la condición de que los mismos respeten las leyes, la moral y el orden público. Lo cual viene reforzado por el artículo 1323 CC, que sanciona la libre contratación entre cónyuges: podrán celebrar válidamente toda clase de contratos. Es más, el artículo 1325 CC determina que dentro de las capitulaciones matrimoniales *podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*. Haciéndose la última referencia al matrimonio, y no al régimen económico matrimonial al que se le somete¹⁷, pudiendo, por tanto, pactar cualesquiera disposiciones por razón del matrimonio, aunque no sean patrimoniales. Tendrán, por supuesto, las obligaciones que de estos se deriven, plena fuerza vinculante entre ellos, a tenor del artículo 1091 CC. También será necesario observar tanto el artículo 32.1 CE como el artículo 1328 CC, puesto que, en su virtud, los pactos deberán respetar la igualdad de derechos entre los cónyuges. Y, por último, nos gustaría añadir, que será necesario que concurran los elementos que prevé el artículo 1261 CC: consentimiento, objeto y causa¹⁸.

El Tribunal Supremo recogió expresamente la cuestión de la validez de un pacto en previsión de posible ruptura en su famosa sentencia de 31 de marzo de 2011. En ella se trata el caso de acuerdo matrimonial otorgado en previsión de una futura y segunda crisis por D^a Angélica y D. Claudio, cónyuges que, entonces reconciliados, pactaron después de sobrellevar una primera separación de hecho. La pareja se casa en 1987 y dos años más tarde la esposa insta la demanda de separación. Varias semanas más tarde la

¹⁷ BARRIO GALLARDO, A., “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español.” *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Número 46, 2016, página 76.

¹⁸ STS Sala de lo Civil, Sentencia núm. 217/2011, de 31 marzo de 2011. (RJ 2011\3137). Fundamento cuarto.

pareja disuelve la sociedad de gananciales y elevan a escritura pública un documento en el que constan varios pactos patrimoniales. En 1992 se dedujo nueva demanda de separación. Al no existir desequilibrio, no se fijó pensión, pero sí alimentos del hijo común. En juicio ejecutivo D^a Angélica pretendió la ejecución de los pactos, pero la Audiencia Provincial lo denegó aduciendo que la deuda era ilíquida. Entonces, D^a Angélica demandó a D^o Claudio reclamando que estaba obligado al cumplimiento de lo pactado. El demandado contestó y alegó: a) nulidad de los pactos por intimidación y falta de consentimiento dada su situación personal al firmarlos; b) nulidad de la promesa de donación; c) revocación de los pactos por el nacimiento posterior del hijo; d) cosa juzgada; e) prescripción y f) nulidad del contrato por dejar su cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes. La demanda fue desestimada al considerar nulos los pactos por contrariar el artículo 1256 CC; también se desestimó la causa de nulidad por vicio del consentimiento alegada por el demandado; y se determinó la inexistencia de una donación por referirse a un bien futuro cuya determinación y adquisición queda a la libre voluntad del donatario, en contravención de los artículos 635 y 633 CC. La demandante recurrió en apelación, pero dicho recurso se desestimó por idéntico motivo y que en todo caso dichos pactos fueron novados y renunciados tácitamente dado que no se aportaron en el procedimiento de separación ni en el posterior de divorcio. Así las cosas, la demandante interpuso recurso de casación ante el Supremo. El Tribunal vino a reiterar la validez de los pactos conyugales fuera del convenio regulador: *el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c.*. Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud

de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez.

En su fundamento cuarto expresa: Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado convenio regulador, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación. Como se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato. En este caso hay que concluir que concurre: a) el consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque aunque el recurrido alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) objeto del contrato, y c) causa de la obligación establecida. En este sentido el contrato generó únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual.

Determinó que los pactos se pueden incardinar dentro de las capitulaciones matrimoniales, como un acuerdo más de entre los varios que pueden celebrar los cónyuges¹⁹. *El art. 1256 CC es una consecuencia lógica*

¹⁹ «El ordenamiento jurídico ha vehiculado la expresión de la autonomía de los cónyuges por medio de los capítulos matrimoniales. Cuando de lo que se trata es de organizar la economía de la familia con una perspectiva de futuro, los capítulos han servido para establecer los pactos más convenientes para los matrimonios. Lacruz había ya afirmado que los capítulos estaban íntimamente unidos al matrimonio, pero que éste no era su causa, porque son un contrato accesorio y “aún anulado el matrimonio, los capítulos—si no media causa de invalidez—siguen válidos siquiera ineficaces”. Es un valor aceptado entre los civilistas que los capítulos matrimoniales han perdido su tradicional y originaria razón de ser: ya no son tanto capítulos de organización de una economía, sino que encontraremos con mucha más frecuencia capítulos que tienen como finalidad establecer las estipulaciones y los pactos lícitos, personales y familiares, que se consideren convenientes en los casos de crisis de la familia y ruptura del matrimonio. De ahí que se

del art. 1254 CC, que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato. En definitiva, se trata de una norma que no tiene carácter absoluto porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos. Y en su fundamento séptimo concluye que el pacto en cuestión: «Constituye un contrato entre los cónyuges atípico, válido, de acuerdo con la autonomía de la voluntad. Reúne los requisitos exigidos en el art. 1261 CC para la validez de los contratos»²⁰. También la jurisprudencia menor: «Esta cláusula contenida en las capitulaciones matrimoniales es claramente atípica, atendiendo a lo que entiende por capitulaciones matrimoniales el artículo 1325 del CC. Pero es válida.»²¹.

piense que, en la actualidad, los capítulos puedan contener aquellas cláusulas que se considere conveniente para afrontar estas crisis». ROCA TRÍAS, E., Libertad y Familia, Primera edición, Tirant lo Blanch, 2014, página 69.

²⁰ STS Sala de lo Civil, núm. 217/2011, de 31 marzo de 2011. (RJ 2011\3137). En este mismo sentido se pronuncia la STS de 20 de abril de 2012, núm. 233/2012 (RJ 2012/5911) en su fundamento jurídico quinto: «El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa...»

²¹ SAP de Granada (Sección 3ª) Sentencia núm. 377/2001 de 14 mayo. (AC 2001\159), en su fundamento de derecho primero, al hilo de un pacto de renuncia a la pensión compensatoria contenido en capitulaciones matrimoniales. En el mismo sentido se incluyó en capitulaciones matrimoniales la renuncia a la pensión compensatoria en la Sentencia de la SAP de Madrid (Sección 24ª), Sentencia núm. 1117/2002 de 27 noviembre. (JUR 2003\9208), fundamento jurídico segundo.

También se reconoce por parte de nuestro Alto Tribunal la posibilidad de que estos acuerdos existan de manera independiente a las capitulaciones: *«esta Sala ha reconocido la validez y eficacia de los contratos otorgados entre cónyuges, al margen o completando lo acordado en los convenios reguladores.»*²². Si bien, cabe precisar que, si adoptan la forma de capitulaciones matrimoniales, habrán de contraerse en el plazo de un año desde su firma, tal y como prevé el artículo 1324 C.C. Desde hace dos décadas se viene reconociendo como doctrina asentada²³ que dichos pactos (encontrándose bien dentro, bien fuera de las capitulaciones) no precisan de homologación judicial *«Este acuerdo no forma parte necesariamente del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil ni fue recogido en la parte dispositiva de la sentencia de separación conyugal. Este acuerdo (...) es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes (...). No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No hay tampoco (sic) para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico.»* Además, recalcó de manera consecuente: *«Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil las partes deben cumplir el negocio jurídico, concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255.»* De hecho, sin abandonar esta importante sentencia y sin olvidar todo lo dicho anteriormente, podemos ver

²² STS Sala de lo Civil, Sentencia núm. 1053/2007, de 17 octubre de 2007 (RJ 2007\7307). Fundamento jurídico tercero, segundo apartado.

²³ STS Sala de lo Civil, Sentencia núm. 325/1997, de 22 abril de 1997 (RJ 1997\3251). Fundamento jurídico tercero, apartado tercero.

una relación directa entre los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura y la naturaleza jurídica del convenio regulador que no ha sido aprobado judicialmente: *«La cuestión jurídica esencial que se plantea es la naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 del Código Civil, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada (...) el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil.»*

Podemos, pues concluir, que se trata de acuerdos que constituyen una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, que no está condicionada en cuanto a su validez y fuerza vinculante *inter partes*, a la aprobación y homologación judicial.

Por último, si como ya hemos apuntado, el legislador deja a la voluntad de las partes fijar la procedencia y cuantía de las indemnizaciones (artículo 97 CC: *«a falta de acuerdo de los cónyuges»*; artículo 1438 CC: *«derecho a obtener una compensación, que el juez señalará a falta de acuerdo»*), la renuncia a dichos derechos, así como el respeto que se profesa por parte de los tribunales al pactar pensiones e indemnizaciones contenidas en convenios reguladores no homologados judicialmente, es de lógica que se deban admitir los pactos. Pues bien, aceptada la posibilidad de llevar a cabo acuerdos prematrimoniales, será el Derecho de contratos el que nos permita dilucidar los límites a la autonomía de la pareja (o novios) a la hora de pactar los referidos acuerdos.

b. Límites a la autonomía de la voluntad.

Dentro de la autonomía privada de los cónyuges, trataremos de dilucidar que será válido y qué no, puesto que los pactos no pueden entenderse como un cajón desastre en el que arrojar todo lo que la pareja desee ver cumplido, o desee exigir. Según MARTINEZ ESCRIBANO, no sería recomendable en materia de pactos prematrimoniales la pura aplicación de las reglas contractuales, puesto que ello conduciría a resultados no deseados, por lo que considera que sería aconsejable aplicar a la autonomía familiar un régimen jurídico *ad hoc*²⁴. Pero, en principio, todo pacto tiene que observar los límites que marca el artículo 1255 del CC, así como el artículo 1328 CC²⁵. A su vez, encontraremos en sede familiar otros condicionantes que van a ceñir la autonomía de los cónyuges, dado que subyace un genuino orden público familiar. Como señala ROCA TRÍAS²⁶, son valores fundamentales tanto los que justifican y a la vez limitan las regulaciones de la familia, como los que determinan los límites de la autonomía de la voluntad de los componentes del grupo familiar. No hay que perder de vista que el matrimonio, si bien es un contrato, es algo más que eso: es una verdadera institución jurídica, con una intensa proyección pública, en tanto en cuanto es fuente de un estado civil. En atención al referido art. 1328 CC, todo lo relativo a la adquisición de derechos y deberes, como a la extinción de estos, se considera no dispositivo, y de estricta observancia. Por lo que

²⁴ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., Op. cit., pp. 86 y ss.

²⁵ Artículo 1328 CC: «Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.»

²⁶ ROCA TRÍAS, E., Op. cit., página 84

no podrán los cónyuges transigir sobre ellos. Debemos entender también que el pacto prematrimonial ha de ser el resultado de la libre voluntad de las partes que lo suscriben, y la existencia de algún vicio del consentimiento lo convertiría en anulable. Sentadas estas bases, examinaremos qué pueden (de manera general) y qué no pueden contener los pactos.

c. Materias susceptibles de inclusión y exclusión, especial mención a la pensión compensatoria.

Según la jurisprudencia²⁷, se pueden pactar tanto cuestiones de naturaleza personal, como cuestiones económicas o patrimoniales.

Comenzaremos por la posible restricción de la facultad de instar la separación o el divorcio. Sería nulo el pacto mediante el cual la pareja pretendiese semejante restricción de la facultad de instar el divorcio, por ejemplo, haciendo que la misma dependiese del incumplimiento de los deberes conyugales. En este sentido, podrían los esposos pretender exigir el cumplimiento de los deberes conyugales, en aras de la seguridad, estabilidad, y, en fin, la perdurabilidad de la unión. Sin embargo, no es este el parecer de la doctrina, que afirma que adolecerían de nulidad, pues se enfrentan tanto al art. 32.2 CE como al art. 1814 CC²⁸. En primer lugar, porque la Constitución remite directamente a la ley la regulación de las causas de separación y disolución de los efectos del matrimonio, y el CC atendiendo a

²⁷ STS Sala de lo Civil, Sentencia núm. 116/2002 de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002\1619). Fundamento jurídico segundo, apartado segundo: «*Los cónyuges en contemplación de las situaciones de crisis, en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales*»

²⁸ Artículo 1814 CC: «*No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros*»

su mandato, no da pie a la modificación mediante acuerdos privados; nos encontramos pues, ante una reserva de ley. En cuanto al CC, el referido artículo no deja lugar a dudas, en caso de que las hubiera: «*No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.*» Es más, realizando una interpretación teleológica de la Ley 13/2005 si analizamos la finalidad de la Ley 13/2005, no tendría sentido obligar, mediante pacto, a una persona a estar casada con otra, bajo una reforma que lo que precisamente propugnaba era el libre desarrollo de la personalidad y una amplia libertad que permitiera no seguir casado en contra de su propia voluntad.

En cualquier caso, no parece posible pretender suprimir mediante pacto alguno de los deberes enunciados legalmente. Destaca BERROCAL LANZAROT, junto con MARTÍNEZ ESCRIBANO que no resulta factible la creación de deberes *ex novo* o dotar de distinto contenido a los deberes establecidos por la ley, pues contravendría el orden público. Distinta situación sería aquel pacto prematrimonial en el que los esposos contemplaran una indemnización por el incumplimiento de dichos deberes conyugales. A la luz de la normativa vigente, solo es posible indemnizar en base al artículo 1902 CC los posibles daños patrimoniales a que se hubiera dado lugar. Sin embargo, existiendo pacto, ya no estaríamos ante consecuencias extracontractuales, se reforzarían los artículos 67 y 68 CC, al otorgarles la posibilidad de indemnizar ante su incumplimiento. Nos preguntamos si la reforma de 2005, que como bien sabemos eliminó las causas del divorcio, abrigaría bajo su manto legal, precisamente que quien incumple esos deberes deba indemnizar por ello. Podemos argüir que los deberes se recogen en la ley, simplemente enunciados sí, pero lo hacen, y por lo tanto han de ser de obligado cumplimiento. Pero entendemos que esta

falta de precisión por parte del legislador quizá no sea causal. La reforma propició que se eliminase un específico y moral entendimiento de las relaciones conyugales. Aunque, en base a ello no creemos que sea coherente cualquier tipo de comportamiento siempre que no sea constitutivo de delito. Permitir este tipo de cláusula acogería la posibilidad de que sean precisamente los esposos los que dibujen las líneas de lo que, para ellos, en amplia libertad de decisión, esté bien o esté mal, sea adecuado o no. Es perfectamente coherente con el régimen actual que venga obligado en indemnizar quien incumple una obligación de carácter personalísimo voluntariamente asumida.

Tampoco sería conforme con nuestro Ordenamiento aquellos pactos que intentasen transigir sobre la esfera personal del consorte. *Verbigracia*, prohibir acercarse o residir en cierta parte del territorio, volver a contraer nupcias, no tener más hijos, dejar de trabajar en un sitio determinado... Claramente se tratarían de pactos nulos de pleno derecho. Contarían con el rechazo más frontal que existe en nuestro Ordenamiento, pues es claro que se dirigen contra los derechos fundamentales más básicos (en nuestro ejemplo: contra el artículo 19 CE, artículo 32 CE, artículo 35).

Con respecto a los hijos resultantes del matrimonio, o los hijos no concebidos aún, no es pacífica la doctrina en lo que respecta a la pensión de alimentos. Así, MARTINEZ ESCRIBANO considera que el artículo 1814 CC prohíbe de manera tajante transigir sobre alimentos futuros, lo que excluiría cualquier posibilidad de incluir tal cuestión en el pacto. Sin embargo, BERROCAL LANZAROT considera válidos los pactos que cuantifican la pensión alimenticia de los hijos, así como la posibilidad de concretar los criterios que van a posibilitar su determinación, o, incluso la constitución de garantías para su cumplimiento. La doctrina coincide en la

imposibilidad de pactar la privación de la patria potestad a uno de los cónyuges, ya que se trata, según el artículo 170 CC de una posibilidad indisponible, sólo alcanzable mediante sentencia judicial.

En cuanto a la forma de ejercer dicha patria potestad, *los términos del artículo 92 CC condicionan la exigibilidad del pacto prematrimonial a su actual compatibilidad con el interés del menor valorado judicialmente y, en términos reales, con el hecho de que ambos progenitores siga manteniendo su voluntad positiva frente al pacto; lo que en última instancia equivale al acuerdo actual de los esposos sobre la custodia compartida que es el exigido en la Ley, más que al cumplimiento del pacto previo prematrimonial*²⁹. En este sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, considera que no debe atribuírsele a esta parte del acuerdo la fuerza vinculante de los contratos. Más bien, debería considerársele como un precontrato, cuya fuerza vinculante se vería desplegada si en el momento en que procediera su aplicación los cónyuges aún desearan el mismo.

Analizados los supuestos personales, pasaremos a los patrimoniales.

En primer lugar, con respecto a la liquidación del régimen económico, según establece el art. 1325, las capitulaciones matrimoniales son un contrato al que los cónyuges pueden optar, eligiendo un régimen distinto al establecido por defecto. Es decir, no hará falta otorgarlas si los cónyuges están conformes con el régimen que el Código o las legislaciones forales establecen. En ellas, los cónyuges pueden elegir el régimen de gananciales, el de separación de bienes o el de participación, o incluso, cualquier régimen económico; por ejemplo, un régimen regulado en alguna

²⁹ AGUILAR RUIZ L., Op. cit., página 31.

legislación foral³⁰. También sería admisible, hipotéticamente, que configurasen un régimen a medida para ellos: que uno de los inmuebles de la mujer pase a ser del marido en caso de separación, el compromiso de mantener la empresa familiar surgida en gananciales, otorgar determinados bienes a un cónyuge... Pero, no cabe duda de que, estos pactos por su propia naturaleza, son a la vez contenido básico de las capitulaciones y contenido básico de los pactos prematrimoniales. En palabras de BERROCAL LANZAROT *«se admiten aquellos pactos que modifican este régimen (el de gananciales) incorporando la renuncia a participar en determinadas ganancias del otro cónyuge consecuencia de una determinada actividad; pactos en torno a la calificación de bienes dudosos (fondos de inversión, pensiones anticipadas etc.); pactos relativos a las facultades gestoras de ambos cónyuges; pactos relativos a la ampliación de las cargas de la sociedad conyugal; pactos relativos a la disolución de la sociedad de gananciales, además de lo prevenido en los artículos 1324 y 1355 del Código Civil en cuyo ámbito operativo juega, asimismo, la autonomía de la voluntad. PAZ ARES señala los siguientes posibles pactos: en primer lugar, los actos relativos a la calificación de bienes dudosos; en segundo lugar, los actos relativos a la ampliación de las cargas de la sociedad de gananciales; en tercer lugar, la regulación de las facultades gestoras; y, en cuarto lugar, las previsiones sobre la disolución. Por el contrario, se consideran nulos los pactos que excluyan de responsabilidad los bienes gananciales o privativos del cónyuge deudor respecto de las obligaciones*

³⁰ PÉREZ MARTÍN, A.J., *Pactos Prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual* en Tratado de Derecho de Familia, Tomo II, 1ª Edición, Valladolid, Lex Nova, 2009, página 53.

contraídas por ambos o por uno solo de ellos con el consentimiento del otro (artículos 1367 y 1369 del Código Civil).»³¹.

En lo que se refiere al levantamiento de las cargas del matrimonio, los artículos 1438 CC, y 1318³² establecen la obligación de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas, por lo que la doctrina entiende que no podrá quedar ello suprimido mediante pacto. Sin embargo, según el referido art. 1438 «*A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos*», por lo que se introduce la posibilidad de concluir un pacto en cuanto a la forma de hacerlo. Tampoco transcenderá de la esfera interna cualquier distribución de funciones entre los cónyuges, en base al artículo 1319³³. Y ello porque el mismo se configura imperativamente, tratándose de una norma de protección a la seguridad del tráfico.

En opinión de MARTÍNEZ ESCRIBANO, se podría incluir en el pacto un contrato de alimentos distinto del derecho de alimentos de los artículos 142 y ss. CC. Ello vendría, según la autora, a proteger a aquel de los esposos que se viera obligado a renunciar a ciertas oportunidades profesionales, constante matrimonio, convirtiéndolo así en uno «más proteccionista que el configurado por ley». Sin embargo, en opinión de BERROCAL LANZAROT los pactos de alimentos están excluidos, en base al artículo 159 CC, de los pactos preventivos.

³¹ BERROCAL LANZAROT, A I., Op. cit., Página 11.

³² Artículo 1318 CC: «*Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.*».

³³ Artículo 1319 CC: *Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.*

El artículo 96 CC³⁴ sanciona la preferencia del acuerdo de los cónyuges con respecto al uso de la vivienda familiar. En su defecto, será el juez el que decida al respecto, con arreglo a los criterios del precepto. En este caso sería especialmente útil que de manera prematrimonial se fijase el destino de esta en caso de crisis, respetando para ello, eso sí, los límites que marca el artículo 90 CC. Sin embargo, habrá que atender de manera primordial a las circunstancias que existan en el momento en el que el pacto haya de surtir efectos, que por supuesto pueden ser muy diferentes a las del momento en que se celebraron. Por ejemplo, si la pareja ha tenido hijos menores. En este sentido, el pre-pacto deberá ceder su eficacia, pues no tendrá fuerza suficiente para anular la efectividad o la aplicación del citado artículo; imperará el interés del menor y la aprobación judicial que sanciona el art. 96.1 CC. Pero, en el caso de que no existiese descendencia común, no habrá óbice para que el pacto expanda sus efectos en este sentido, si bien, como sabemos ello tendrá su límite en evitar que el acuerdo prematrimonial sea «gravemente perjudicial para uno de los cónyuges». Considera BERROCAL LANZAROT que, en analogía con el artículo 101 CC, serán válidos los pactos que decidan sobre el destino del inmueble común adquirido por ambos cónyuges, su venta; los pactos en los que se decida sobre la atribución de la titularidad de la vivienda familiar adquirida por ambos a uno de ellos, y el reintegro de la mitad de las cuotas o aportaciones realizadas por el no adjudicatario o el pago de un alquiler de otra vivienda en determinada zona, precisamente, para el cónyuge no adjudicatario.

Junto a todas estas cuestiones de carácter patrimonial, son más “sensibles”, aquellas que se refieren a las consecuencias para el caso de

³⁴ Artículo 96 CC: *En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*

fallecimiento. En este sentido, MARTINEZ ESCRIBANO determina que estos pactos serán posibles siempre y cuando su derecho foral lo permita, pues no se consideran en el caso del derecho común por prohibición de los pactos sucesorios (artículo 1271.2 CC³⁵). Por tanto, no sería admisible el pacto por el que los cónyuges renuncian a sus derechos legitimarios en la herencia del otro (ello iría contra el artículo 816 CC³⁶). Tampoco sería válido en el ámbito del derecho común el pacto por el que ambos cónyuges se comprometen a testar uno a favor del otro por el respeto a la libertad de testar, y de realizar contratos sobre la herencia futura (artículo 1271.2 del Código Civil).

La doctrina se encuentra dividida con respecto al pacto en virtud del artículo 1322 CC³⁷³⁸. No parece claro que se pueda atribuir a uno sólo de los cónyuges el poder de administrar y disponer de los bienes comunes sin necesidad de que el otro prestase consentimiento. Por un lado, se esgrime que el sentido del artículo es garantizar el derecho de ambos a participar de manera igualitaria en la dirección de la economía familiar; y por ello otorgar dicho poder en exclusiva a uno solo podría no ser válido. Y, por otro lado,

³⁵ Artículo 1271.2 CC: *Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea participar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056.*

³⁶ Artículo 816 CC: *Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción.*

³⁷ PÉREZ MARTÍN, A.J., Op. Cit, página 49.

³⁸ Artículo 1322: *Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos. No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge.*

se admite que la estipulación podría conservar relevancia jurídica de manera negociada formalizada en capitulaciones, «*dando lugar a un consentimiento general, preventivo, y unilateralmente revocable*». Para ello, la doctrina se basa en los artículos 1365 y 102.2 CC, mediante los cuales se admite que por capitulación se pueda encomendar a uno de los cónyuges la gestión de gananciales; y se establece mediante el último artículo que por separación o divorcio se produce la revocación de los consentimientos que se dieron en capitulaciones.

Por otro lado, el artículo 1438 CC reconoce el derecho a una compensación por el trabajo del hogar, y sin duda ello podrá contenerse en el acuerdo prematrimonial. La jurisprudencia³⁹ ha determinado que procede la misma cuando el cónyuge se haya dedicado de forma exclusiva (aunque no excluyente), al trabajo doméstico. Por tanto, habrá compensación si todo el trabajo lo asumió esa persona, pero también si fue compartido con el otro cónyuge (o incluso con un empleado del hogar). La doctrina critica que se prive de compensación a quien, dedicándose con la misma intensidad al trabajo doméstico ha desarrollado además una actividad profesional⁴⁰. Se considera posible pactarlo con carácter previo, anticiparse con carácter general, fijarse una cuantía concreta, las bases para su cálculo, o bien renunciar a él⁴¹. Al incardinarse dentro de la regulación para el régimen de

³⁹ SSTS Sala de lo Civil, núm. 534/2011 de 14 julio de 2011 (RJ 2011\5122) en su fundamento jurídico séptimo (que sentó doctrina jurisprudencial); Sentencia número 678/2015 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5414) en su fundamento jurídico tercero; Sentencia núm. 300/2016 de 5 mayo de 2016. (RJ 2016\2219) en su fundamento de derecho segundo.

⁴⁰ CABEZUELO ARENAS, A. L., “¿Por qué se indemniza a la mujer que compagina el trabajo en el hogar y en los negocios familiares y no, en general, a la que concilia vida familiar con cualquier profesión o actividad retribuida?” *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 10, 2017

⁴¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., Op. cit., página 106.

separación de bienes, los cónyuges pueden pactar con total libertad tanto su supresión, como su reducción, o incremento⁴². Cabe decir que esta pensión es compatible con la del art. 97 CC. Pero, liquidado el régimen económico de separación de bienes con reconocimiento del derecho a una compensación, puede ocurrir que el desequilibrio quede corregido (o minorado), lo que llevaría a negar o reducir el montante de la pensión por equilibrio del art. 97 CC.

Especial mención a la pensión compensatoria.

Se recoge en el art. 97⁴³ 97CC⁴⁴ la pensión por desequilibrio, que se establecerá, o bien por mutuo acuerdo, o por decisión judicial. Para este último caso, el artículo recoge nueve parámetros a tener en cuenta por el

⁴² SAP de Murcia, Sentencia núm. 374/2002 de 29 octubre de 2003 (JUR 2003\71008) en su fundamento jurídico cuarto: (...) *alegar ahora su desconocimiento, no implica, por los motivos expuestos, la falta de efectividad y eficacia de dicho pacto, que, es sin duda, una clara y explícita renuncia a la aplicación de la medida compensatoria prevista en el artículo 1.438 del Código Civil.*

⁴³ Artículo 97 CC: *El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*
1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges

⁴⁴ Artículo 97 CC: *El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. (...)*

juzgador. La pensión podrá ser temporal, por tiempo indefinido, o bien única. Su fundamento se halla en el desequilibrio económico que sufre uno de los cónyuges, como consecuencia de la separación o el divorcio, respecto a su situación anterior en el matrimonio⁴⁵. Lo relevante es, pues, los sacrificios realizados por quien sufre este desequilibrio durante la convivencia⁴⁶. El Tribunal Supremo indica que la pensión tiene una finalidad reequilibradora y que el presupuesto esencial para otorgarla reside en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno de los cónyuges, antes y después de la ruptura⁴⁷.

La renuncia anticipada a ella sería consecuencia de una determinación adoptada de manera libre, meditada y deliberada por quien siendo titular de su propio patrimonio puede disponer libremente de él⁴⁸. *«La temporalidad puede ser elegida por los particulares en el desenvolvimiento de la autonomía negocial, quienes libremente pueden acoger el plazo máximo de duración de la pensión.»*⁴⁹. La sentencia de 14

⁴⁵ GÓMEZ IBARGUREN, P., “La naturaleza temporal de la pensión compensatoria”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 700, 2006, página 1.

⁴⁶ ARNAU MOYA, F., “La temporalidad de la prestación compensatoria. Una evolución jurisprudencial y legislativa”, en *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, primera edición, Barcelona, Bosch, 2011, página 315.

⁴⁷ SSTS Sala de lo Civil, Sentencia núm. 43/2005, de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133) en su fundamento jurídico segundo, apartado segundo; 17 de octubre de 2008 (RJ 2008/5702), en su fundamento de derecho primero, apartado cinco; 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009/3), en el fundamento de derecho segundo, apartado segundo; 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6060), en el fundamento jurídico primero, apartado quinto; 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637) en su fundamento jurídico segundo, apartado dos y cinco y 17 de julio de 2009 (RJ\2009\6474) en su fundamento segundo, apartado segundo.

⁴⁸ PINTO ANDRADE, C., “Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”, *Diario La Ley*, número 7571, 2011, página 3.

⁴⁹ CABEZUELO ARENAS, A., “La pensión compensatoria del art. 97 CC. ¿Carácter indefinido o limitación en el tiempo?” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* número 4, 2002, página 17.

de mayo de 2011 de la Audiencia Provincial de Granada⁵⁰ vino a establecer: *«Esta cláusula contenida en las capitulaciones matrimoniales es claramente atípica, atendiendo a lo que entiende por capitulaciones matrimoniales el artículo 1325 del CC. Pero es válida, puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible, según ha podido declarar el TS en su importante sentencia de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9174), y, por tanto, es perfectamente renunciable»*. Predomina la idea de sustentar esta posibilidad al amparo del art. 1271.1 CC, en cuanto que admite como objeto de los contratos las cosas o derechos futuros, siempre que se respeten los límites del art. 6.2 CC⁵¹.

d. Vicios del consentimiento

Al tratarse de *«auténticos negocios jurídicos de familia»* los pactos prematrimoniales quedan sometidos a las reglas de formación de los contratos y, muy especialmente, a aquellas que garantizan la integridad del consentimiento⁵². Pero, hay que tener en cuenta que, por la naturaleza misma de la institución que tratamos las partes no suelen ser tan críticas en este contrato como lo serían en otros; no hay que olvidarse del grado de confianza e intimidad que está intrínsecamente presente en este escenario.

⁵⁰ SAP de Granada, Sentencia número 377/2001 de 14 de mayo de 2001 (AC 2001\1599).

⁵¹ El art. 6.2 CC reconoce la exclusión voluntaria de la ley aplicable siempre que no sea contraria al orden público ni perjudique a tercero, lo que legitima a los cónyuges para separarse del régimen legal del art. 97 CC en cuanto que es una materia de derecho dispositivo, y renunciar así a la compensación.

⁵² En este mismo sentido BARRIO GALLARDO, A., Op. cit., página 9: *«Los acuerdos prematrimoniales son contratos, y, como tales, deberían ser evaluados bajo el mismo criterio que se aplican a otros tipos de contratos. En ausencia de fraude, error, intimidación, los esposos deberían estar obligados por los términos de sus acuerdos»*.

Cabe preguntarse si el modelo contractual puede dar respuesta a los vicios que se presenten en los acuerdos prematrimoniales o, sin embargo, es insuficiente.

En primer lugar, pudiera darse perfectamente el escenario en el que una parte condicione la firma del precontrato a la no celebración de las nupcias. Estaría, en este caso, la voluntad contractual deformada por el temor, inducido mediante intimidación. Pero en nuestro Derecho solo se considera este temor cuando concurra *el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes*⁵³. Es requisito que, independientemente de la inminencia y gravedad de la amenaza (que podrían darse perfectamente en este plano), ésta debe ser como tal ilícita. Así pues, a salvo la gravedad e inminencia, esta *presión indebida*⁵⁴, no debe confundirse con el hecho de condicionar la celebración del casamiento a que se otorgue consentimiento a un acuerdo en previsión de ruptura, fácilmente podemos ver que no constituye una amenaza ilícita. Lo que no quiere decir que esta no sea una situación injusta, merecedora de protección. Por tanto, el alcance de aplicación de la doctrina de vicios del consentimiento no parece ser aplicable en este sentido.

Asimismo, se plantean dudas acerca del estado mental y psicológico de los contrayentes, pues el optimismo de las partes los lleva a pensar que la

⁵³ Artículo 1267 del CC. *Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.*

⁵⁴ LABADIE JACKSON, G. *Los requisitos de validez de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial y su eficacia ex post*. Tesis doctoral de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2013.

disolución nunca llegará y que no deberán estar preparados ante la crisis porque la misma no acaecerá. En un momento en el que están gobernados por un excesivo optimismo, nos preguntamos si podrá apreciarse la concurrencia de un vicio del consentimiento. Podríamos llegar a pensar en encajar este tipo de vicio dentro del error; si analizamos el mismo veremos que debe concurrir la esencialidad y la excusabilidad. El primero se refiere al elemento del contrato sobre el cuál incide (y no al error como fenómeno psicológico). En cuanto al segundo, implica tener en cuenta las exigencias generales de la buena fe y la autorresponsabilidad. El error no dará lugar a la anulación del contrato cuando pudo haber sido reconocido por quien lo sufrió si hubiese empleado una diligencia normal, adecuada a las circunstancias.

A tenor de los requisitos antes esbozados, no parece ser posible configurar el consentimiento dado bajo una exultante positividad, como un error que vicie el consentimiento⁵⁵. No parece conveniente aplicar de manera amplia en este terreno los vicios del consentimiento. Ello conllevaría a una sistemática inaplicación de los pactos. Concluye LABADIE JACKSON que la doctrina clásica de los vicios del consentimiento no provee remedio para los casos en los que la formación de la voluntad haya estado influenciada por las emociones o la relación personal que vincula a los contratantes.

e. Aspectos formales

Es unánime en la doctrina ya referida considerar que estos pactos, al carecer de regulación legal en el derecho común, no están sometidos a

⁵⁵ LABADIE JACKSON, Op. cit., pp. 109 y ss.

ninguna forma concreta, rigiendo en su lugar el principio de libertad de forma. Serán válidos si se plasman en un documento privado, en uno público, o incluso en un acuerdo verbal. MARTINEZ ESCRIBANO, sin embargo, considera que *«habrá de plasmarse siempre por escrito, por evidentes motivos probatorios»*. Cabe recordar que, la escritura pública y no el documento privado, puede acceder al Registro de la Propiedad. Considera BERROCAL LANZAROT que *«por la importancia que tiene la libre formación de la voluntad y la información sobre el alcance de los mismos, resultaría más conveniente la presencia de un fedatario público.»* El notario no solo cumplirá la función de asesoramiento, sino que contribuirá a otorgar *mayor fuerza probatoria en los procesos judiciales*, así como a argüir sobre *la presencia de los requisitos esenciales del acuerdo suscrito*. Asimismo, aconseja la doctrina incluir los acuerdos en las capitulaciones matrimoniales, convirtiéndose esta opción en obligación cuando en ellos se fije el régimen económico del matrimonio; e incluso estos acuerdos pueden servir, en su caso, como convenio regulador que, se presentará como tal para su aprobación judicial en el proceso matrimonial.

3. ANÁLISIS DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA EN EL CÓDIGO DE FAMILIA CATALÁN. BREVE COMENTARIO AL DERECHO FORAL.

El único Ordenamiento en Europa que ha abordado esta figura dotándola de un régimen jurídico propio es el catalán. Incluso contaba ya con un precedente en su Código de Familia de 1998, que incluía como contenido de los capítulos *cualquier otro pacto que fuera lícito incluso en previsión de ruptura matrimonial*. El Tribunal Supremo, en la sentencia de

31 de marzo de 2011 ya analizada, establece que su jurisprudencia sobre la validez de los pactos es la que ha dado lugar a que el legislador catalán la recogiese entre sus normas⁵⁶. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña tuvo ocasión en 2012⁵⁷ de pronunciarse por vez primera sobre los pactos, una vez recogidos de manera expresa por el legislador catalán. En ella reflexiona acerca de la validez de un pacto en previsión de ruptura matrimonial celebrado con posterioridad a la celebración del matrimonio, antes de que surgiera la crisis. El Tribunal entendió que el pacto, dado en documento privado y con la presencia de dos testigos, no era válido por no respetar los requisitos establecidos en los artículos 15.1 y 17 del Código de Familia Catalán de 1998. La sentencia es relevante a la hora de reflexionar sobre los requisitos para la validez de los acuerdos prematrimoniales.

El CCCat ha recogido de manera holgada los *pactos en previsión de una ruptura matrimonial*⁵⁸. Estableció en su artículo 231-19 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*. El marco general se ubica en el art. 231-20, completado por los arts. 233-5,1, sobre su eficacia; la previsión del 233-16, dedicado específicamente a la renuncia a la pensión compensatoria y al límite del ejercicio de esta facultad; el 233.21,3 relativo

⁵⁶ Fundamento jurídico tercero: *Esta jurisprudencia ha dado lugar al art. 233-5 CCCat, (LCAT 2006, 418, 486), que establece que estos pactos vinculan a los cónyuges.*

⁵⁷ TSJ de Cataluña, Sentencia núm. 46/2012 de 12 julio (RJ 2012\10025).

⁵⁸ Artículos 231-20 y ss., en Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

al pacto sobre el uso de la vivienda familiar; y el 232.7 que se refiere al acuerdo sobre la compensación económica por razón del trabajo doméstico.

El texto catalán liga los acuerdos a los capítulos, viéndose afectados de la exigencia de forma de este negocio jurídico, o, si fueran dados de forma independiente, exigiendo que se tomen en escritura pública. Opina ALLUEVA AZNAR que no existe posibilidad de otorgar una escritura que sea de capítulos matrimoniales y que únicamente contenga este tipo de pactos⁵⁹. CERVILLA GARZÓN determina que los acuerdos sobre la compensación por razón de trabajo, y la atribución de los bienes pro indiviso serán los únicos que queden exentos de control judicial, y por tanto de inclusión en el convenio.

Lo cierto es que, yendo ligados a los capítulos, seguirán el requisito de forma de estos, y serán tomados ante Notario, cumpliendo el requisito del asesoramiento legal independiente. Sin embargo, el Notario no vendrá obligado a informar de todos los extremos del pacto; sólo sobre el alcance de los cambios *que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio*. Asimismo, *debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información* suficiente sobre el patrimonio, los ingresos y las expectativas económicas de cada uno, que deberá ser clara. Pero no debe cerciorarse de que han cumplido con dicho extremo. También pueden pactarse cuestiones personales; el art. 233-5 ap. 3, se refiere a *los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos*, condicionados, eso sí,

⁵⁹ En contra SERRANO DE NICOLÁS, A., “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña” en *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, primera edición, Barcelona, Bosch, 2011, página 356.

al interés del menor cuando se pretenda el cumplimiento. Será el Fiscal el que deba informar sobre tales términos al juez.

Podrán ser otorgados por los futuros cónyuges con una antelación mínima de 30 días, debiendo celebrarse el matrimonio en el plazo de un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura pública⁶⁰; teniendo que respetar una serie de limitaciones de orden general⁶¹.

En cuanto al ámbito objetivo, lo que se puede pactar, viene presidido por el tercer párrafo del artículo 231-20⁶² a cuyo tenor se puede renunciar a la adquisición futura de derechos que podrían ser objeto de atribución a uno de los cónyuges si, llegado el momento, se dieran las circunstancias que prevé la ley para su concesión⁶³. El artículo 233-16, por su lado, permite pactar sobre la modalidad, duración, cuantía y extinción de la pensión compensatoria. Como dijimos, se permite pactar sobre la compensación por razón del trabajo, acuerdos fuera del convenio regulador, atribución del uso de la vivienda familiar, división de los bienes en comunidad ordinaria, así como la fijación de reglas para la liquidación de estos, en materia de guarda y relaciones con los hijos menores, sobre alimentos, preconfiguración del

⁶⁰ En aplicación analógica del artículo 231-19.2 CCCat: *Los otorgados antes solo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y caducan si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año.*

⁶¹ ALLUEVA AZNAR, L., “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial. Comentario a la STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal, Secc. 1ª), de 12.7.2012”, *Indret*, número 1, 2013, página 6.

⁶² *Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.*

⁶³ GINÉS CASTELLET, N., “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 727, 2011, página 2598.

plan de parentalidad⁶⁴, sobre el régimen de tenencia y administración, o sobre la afectación a los gastos familiares⁶⁵.

En cuanto a la eficacia de los pactos, es interesante la norma sobre carga de la prueba que recoge el art. 231-20.4, mediante el cual el cónyuge que pretenda hacer valer un pacto previo tiene la carga de probar que la otra parte había sido suficientemente informada sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas.

Por último, el art. 231-20 contempla la posibilidad de declarar ineficaz un acuerdo con previsiones para el caso de ruptura, porque al momento de ejecutarse sobrevino un cambio relevante en las circunstancias, generando un grave perjuicio para uno de los cónyuges. Será necesario que el cambio sea sobrevenido y fortuito, recayendo sobre el cónyuge demandante la carga de la prueba.

BREVE COMENTARIO AL DERECHO FORAL

Por otra parte, cabe mencionar los artículos 195 y 197 del Código del Derecho Foral de Aragón, que apuntan la posibilidad de que los capítulos otorgados antes del matrimonio puedan producir efectos, si así se pacta, a partir de un tiempo posterior a la celebración del matrimonio. Establece el art. 197 que *“si se otorgan antes del matrimonio, no producirán efectos hasta la celebración de éste, salvo que prevean un momento posterior para*

⁶⁴ Documento que puede adjuntarse al convenio regulador (obligatorio en Cataluña desde el año 2011) en el que los progenitores detallan minuciosamente todas aquellas cuestiones referentes al cuidado y reparto de responsabilidades relativas a los hijos menores. Artículo 233-9 CCCat.

⁶⁵ SERRANO DE NICOLÁS, A., Op. cit., pp. 370 y ss.

su eficacia”, por lo que podemos entender incluido el momento en que se produzca la ruptura matrimonial.

Por otro lado, el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de Baleares (1990) permite un contenido de las capitulaciones matrimoniales más amplio que el previsto en el Código Civil para el ámbito del derecho común. Mediante su artículo 66.2 permite incluir cualquier estipulación relativa al régimen económico *de la familia* (que no matrimonial) y al régimen sucesorio tanto de los contrayentes como de cualquier otro sujeto que concurra al otorgamiento. Se ha articulado en la legislación un «sentido amplio» de la familia que no se corresponde con el predominio de la familia nuclear en tiempos actuales⁶⁶.

En cuanto a la normativa vasca, FIGUEROA TORRES entiende que *en relación con el texto de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra puede entenderse que su referencia en la Ley 80.7 FN a cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio admite genéricamente el acuerdo en previsión de ruptura.*

Por último, en lo que respecta al Derecho Civil de Galicia el artículo 172⁶⁷ determina que *los cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal.* Se puede entender la posibilidad de que esas bases acojan cómodamente los acuerdos que a esos efectos los esposos hayan previsto en anticipación a la ruptura. Entendemos que el acuerdo referido en el artículo se celebra en un momento en el que no existe una relación conflictiva en el matrimonio: se está regulado un tipo concreto de pacto.

⁶⁶ FIGUEROA TORRES, M., Op. cit., página 276.

⁶⁷ Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

4. PACTOS PREMATRIMONIALES EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

Si intentásemos encontrar en Derecho comparado ordenamientos con una larga tradición en la regulación y aceptación de los acuerdos prematrimoniales no tendremos mucho éxito. Estos acuerdos son relativamente recientes, tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law*. Pero sería injusto no mencionar que en Estados Unidos sí que existe un mayor uso, comparado con la Europa continental. El *prenup* (prenupcial en español) surge en las sociedades inglesas, concretamente en las familias adineradas de los siglos XVII y XVIII, con el fin de proteger el patrimonio de la mujer; patrimonio que generalmente había adquirido antes del matrimonio. En esencia, permitía a la mujer conservar y gestionar la titularidad de sus bienes, surgiendo así como un método que compensaba el diferente trato que la ley dispensaba a hombres y a mujeres⁶⁸.

Italia y Francia.

Si miramos a nuestro entorno más inmediato, por ejemplo, hacia Italia encontraremos como este país ha pasado de considerar a los pactos contrarios al orden público por atacar la institución matrimonial, a que la doctrina se incline de manera favorable a su admisión, rebatiendo los argumentos aportados por la jurisprudencia. La *Corte di Cassazioni* emitió

⁶⁸ ANTÓN JUÁREZ, I., “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, número 1, 2015, pp. 7 y ss.

el de 3 de mayo de 1984 un juicio positivo a estos pactos, reconociéndoles en el caso en cuestión, eficacia. Se atribuye al pacto prematrimonial, suscrito por dos norteamericanos residentes en Italia, efectos jurídicos, pues, consideró la *Corte* que no eran contrarios al orden público internacional. En el caso de Francia, este país no cuenta *per se* con una normativa en cuanto a pactos prematrimoniales, sin embargo, sí incluye disposiciones sucesorias que, podrán formar parte del convenio; a su vez, el Código Civil Francés considera que las capitulaciones son modificables antes del matrimonio, aunque, habiendo sido celebrado, se agota esta posibilidad⁶⁹.

Inglaterra.

En Inglaterra, hasta mediados del siglo XX los acuerdos prematrimoniales (*prenups* en inglés) se consideraron contrarios al orden público. En la actualidad, no han sido objeto de regulación específica y los tribunales han tenido recientemente ocasión de pronunciarse sobre ellos. Es en el caso *Radmacher contra Granatino*⁷⁰, donde esta sentencia del *Supreme Court*,

⁶⁹ CERVILLA GARZÓN, M. D., Op. cit., pp. 19 y ss.

⁷⁰ *Radmacher y Granatino* contraen matrimonio previa celebración de un acuerdo en el que pactan anticipadamente las consecuencias de una eventual ruptura (cuatro meses antes de la boda, en escritura pública). Acordaron que los efectos del matrimonio se regirían por el derecho alemán, bajo separación de bienes, renunciando a reclamarse alimentos o cualquier tipo de compensación en caso de divorcio. Acaecida la crisis matrimonial, Granatino solicitó la adopción de diversas medidas de naturaleza económica. El Tribunal Superior afirmó que resultaba evidente que, no obstante, la ausencia de tradición y de una regulación específica de los pactos prematrimoniales en el Derecho inglés, los tribunales no los pueden ignorar. El Tribunal Superior falló que, pese a ello, el peso del acuerdo litigioso debía ser muy reducido y, en consecuencia, accedió a casi todo lo pedido por el demandante. Pero, en apelación, el Tribunal estimó que en efecto debía darse mayor peso a lo pactado por los litigantes antes de su boda, lo que dio como resultado en una notable restricción de las medidas económicas. Se interpone recurso ante el Tribunal Supremo, que lo desestima, confirmando lo resuelto en Apelación: el acuerdo prematrimonial objeto del litigio es una circunstancia que incide de forma relevante en la determinación de los efectos

dictada en 2010, supuso la atribución de eficacia vinculante a este tipo de acuerdos, que serán considerados justos si las partes han tenido la información necesaria como para conocer los efectos del acuerdo, si no han existido vicios en el consentimiento, si no hay disposiciones que perjudiquen a los hijos, si el acuerdo tiene como fin regular los bienes privativos de los cónyuges y si las circunstancias no han cambiado de tal forma que hagan que el acuerdo resulte injusto.

El caso *Radmacher v. Granatino*, y las opiniones de la doctrina en su mayoría favorables a este tipo de acuerdos, permiten afirmar con carácter general la admisibilidad en el Derecho inglés de los acuerdos prematrimoniales y la ampliación, por tanto, del ámbito de la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones conyugales de naturaleza patrimonial⁷¹.

Sin embargo, la realidad es que, aunque la citada sentencia ha implicado un cambio de rumbo en el modelo inglés, aún no tienen el rango contractual asegurado. Es una situación que genera imprevisibilidad e inseguridad jurídica a las partes: no saben con certeza si lo recogido en un *prenup* será respetado o no por un tribunal. De este modo, con el fin de

patrimoniales del divorcio. Sostiene el Tribunal que la autoridad judicial debe reconocer eficacia vinculante a los acuerdos prematrimoniales que se hubieren celebrado libremente, con pleno conocimiento por las partes de sus consecuencias, salvo que no fuere justo exigir su cumplimiento en atención a las circunstancias del caso. Consideran que la libertad de consentimiento de los otorgantes se debe garantizar aplicando las reglas generales de los contratos sobre vicios del consentimiento. En cuanto al contenido (en el Derecho inglés sólo puede serlo de naturaleza económica), este se ve limitado por el interés de los hijos y las necesidades de los cónyuges, de modo que no cabría admitir un pacto de renuncia anticipada a estas atenciones. Por último, los acuerdos carecerán de eficacia si en el momento en que se pretende su cumplimiento son injustos para los hijos menores o para uno de los cónyuges por haberse producido un cambio imprevisto de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo de su celebración.

⁷¹ GASPAR LERA, S., “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés. Validez, eficacia y discrecionalidad judicial.”, *Indret*, núm. 3, 2012

paliar dicha situación, la *Law Commission* (órgano creado con el fin de promover la reforma de las leyes) publicó en 2014 un informe titulado *Matrimonial Property, Needs and Agreements* donde propone modificar la Ley actual respecto a la propiedad matrimonial matrimonio y los acuerdos entre cónyuges. A tal efecto propone que se introduzcan los llamados *qualifying nuptial Agreements*, para que los cónyuges puedan organizar su situación patrimonial tras un divorcio o una ruptura, acordando las consecuencias financieras del divorcio, sin intervención primaria de los Tribunales. Ello sería posible siempre que su contenido no versara sobre las futuras necesidades de vivienda, cuidado de los niños u otro tipo de ingresos o beneficios relacionados con las necesidades económicas básicas. Para ello, se exigiría que el acuerdo fuera contractualmente válido, realizado en documento público y firmado por ambas partes, celebrado con una antelación mayor de 28 días a la celebración del matrimonio, realizado con la debida información patrimonial de cada uno de los cónyuges y con el debido asesoramiento legal⁷².

Estados Unidos.

Los pactos prematrimoniales cuentan con un gran desarrollo en el Derecho norteamericano. Es en el año 1972 en el que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el caso *Posner contra Posner*⁷³, y sienta el parecer de la

⁷² QUINZÁ REDONDO, J. P., La regulación sustantiva y conflictual del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: perspectivas de armonización y unificación. Tesis doctoral. Universidad de Valencia, Valencia, 2015, pp. 136 y ss.

⁷³ El matrimonio Posner había llevado a cabo un acuerdo prematrimonial catorce días antes de la celebración de sus nupcias. Acaecida la crisis la señora Posner reclama el cumplimiento del pacto. Dicha demanda es impugnada por el Sr Posner, alegando que los acuerdos prematrimoniales estaban calificados por la jurisprudencia como acuerdos contrarios al oren público. Interpretando el Derecho desde la realidad social de la época, el

validez de estos pactos. Desde ahí en adelante los Tribunales partirán de la validez de los acuerdos, y sólo se detendrán a examinar las condiciones de la eficacia concreta de cada acuerdo enjuiciado, aplicando para ello las normas que rigen los contratos en general⁷⁴. Su régimen jurídico no es el de cualquier contrato, sino que tiene un régimen especial adaptado a sus particularidades (la relación de las partes entre sí, o la materia objeto de los *prenups*).

De este modo, el régimen que los tribunales han venido aplicando a los acuerdos prematrimoniales podría quedar resumido en cuatro aspectos. En primer lugar, el acuerdo prematrimonial no puede celebrarse oralmente, deberá ser recogido por escrito. En esto coinciden las normativas de los distintos Estados que regulan este tipo de acuerdos. En algunos incluso se exige la forma escrita y la presencia de testigos. Se exige también que deban celebrarse con unos días previos al enlace. Esto exigencia es orientativa, pues ha habido casos en los que se ha considerado que el acuerdo era válido a pesar de que había sido firmado a pocos minutos del enlace. Por lo tanto, aunque existe un plazo de referencia, será el caso concreto el que, en base a otros factores (*verbigracia*, si las partes contaron con asesoramiento legal independiente, si habían hablado sobre el pacto en privado, o si existió información patrimonial entre ellos) los que determinarán si el pacto es válido o no lo es.

Alto Tribunal determina que no son contrarios al orden público, pues el divorcio era para entonces, algo usual entre la población. En cuanto a su validez, determinan que el consentimiento emitido por ambos fue libre, ambos conocían el patrimonio del otro; y no existían cambios sustanciales que hubiesen alterado las circunstancias desde el principio del matrimonio hasta el fin de este.

⁷⁴ CERVILLA GARZÓN, M. D., Op Cit., pp. 70 y ss.

En segundo lugar, deberá existir un consentimiento libre e informado con una información suficiente. Así pues, será necesario que las partes cuenten con asesoramiento legal independiente y con información sobre el patrimonio del otro. Considera ANTÓN JUÁREZ que *la inexistencia de esta información no es un factor que en sí mismo conlleve la nulidad del acuerdo en todo caso, pero sí que, junto con otros factores, ad ex. renuncia a una posible pensión compensatoria, puede cobrar bastante importancia a la hora de decidir sobre la validez del acuerdo*⁷⁵.

En tercer lugar, en cuanto a su contenido, las partes disponen de bastante libertad. Pueden pactar tanto sobre cuestiones económicas como personales. Encontrarán su límite en el orden público, la protección de los menores o el hecho de evitar beneficiarse de las ayudas públicas. Estará limitada la posibilidad de pactar en relación con todo aquello que pueda perjudicar a los hijos (aunque sí cualesquiera cuestiones que los beneficien), así como la pensión de alimentos (generalmente menos aceptada por los tribunales, ya que se rechaza el camino trazado por el que uno de los cónyuges renuncie a dicha pensión y esto provoque la asistencia del Estado al cónyuge renunciante)

En cuarto lugar, se exige que el acuerdo no devenga injusto a consecuencia de un cambio en las circunstancias. El cambio debe ser de tal envergadura que provoque que un acuerdo válidamente celebrado se convierta en injusto o desproporcionado. Se requerirá que el cambio sea relevante y repentino, no uno acaecido en el día a día⁷⁶.

⁷⁵ ANTÓN JUAREZ, I., Op. cit., pp. 17 y ss.

⁷⁶ GASPAR LERA, S., “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés. Validez, eficacia y discrecionalidad judicial.”, *Indret*, núm. 3, 2012, pp. 16 y ss.

Otros continentes.

En China entró en vigor el 2001 el *Marriage Law*, que supuso la llegada de los acuerdos prematrimoniales en este Ordenamiento. En su artículo 19 se admite la posibilidad de que, los cónyuges antes de contraer matrimonio puedan concertar acuerdos prematrimoniales con efectos, eso sí, únicamente sobre el régimen patrimonial⁷⁷. El contenido es limitado y se exigirá la forma escrita.

Por otra parte, en Australia los pactos se encuentran expresamente mencionados en el texto legislativo que regula las relaciones familiares⁷⁸. Deben constar por escrito y estar firmados. Son susceptibles de modificación. Sus cláusulas son obligatorias incluso después de la muerte de uno de los esposos. Se exige consentimiento informado por parte de un profesional del Derecho, y carecerá de validez, tanto bajo un cambio grave de las circunstancias, como cuando se dé entre las partes una desproporción grave.

También existen estos pactos en Canadá: todo acuerdo matrimonial (antes o constante matrimonio) es definido como un contrato formal, que encuentra su eficacia supeditada tanto a la forma escrita, como a la firma de ambos cónyuges en presencia de dos testigos. Se podrán incluir cuestiones personales y matrimoniales, que no afecten al interés de los hijos menores.

⁷⁷ Artículo 19: El marido y la mujer podrán alcanzar un acuerdo por el cual la propiedad adquirida por ellos constante matrimonio, y la propiedad adquirida antes del matrimonio, podrá estar en sus respectivas posesiones separada o conjuntamente; o parte de la propiedad será propiedad de ambos separadamente y la otra parte conjuntamente. Tal acuerdo deberá constar por escrito. En su defecto, o cuando las disposiciones no sean claras, se aplicarán los artículos 17 y 18 de la presente Ley. (Traducción propia.)

⁷⁸ *Family Law Amendment Act No 143*, del año 2000.

Asimismo, se puede apreciar una tendencia general (sin duda influida por EE. UU.) a recabar asesoramiento legal independiente.

En Tailandia, cuentan con la regulación más detallada de Oriente Medio. Están completamente implantados en la sociedad, que los considera muy útiles en el proceso de divorcio. Su contenido es bastante amplio, y admite las modalidades clásicas del Derecho occidental. Llama la atención que los acuerdos sólo podrán modificarse por los Tribunales que conozcan del caso, lo que se explica porque el pacto va unido indisolublemente al matrimonio, y este último no puede finalizar por la mera voluntad de las partes. Destaca su excesivo formalismo, pues se requiere la forma escrita, la presencia de dos testigos y la inscripción en el Registro Matrimonial (junto con el certificado de matrimonio).

También este tipo de pactos se encuentran en el Derecho hispanoamericano. En Argentina, en el artículo 1217⁷⁹ de su CC se establece la posibilidad de pactar convenciones antes del matrimonio. A su vez, el artículo siguiente determina que cualquier *otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor*. A su vez castiga, so pena de nulidad, el contrato hecho después de la celebración del matrimonio, así como la revocación, alteración o modificación del acuerdo prenupcial. En su país vecino, Uruguay, el artículo 1938 de su Código Civil⁸⁰, establece que se podrán celebrar las convenciones especiales

⁷⁹ Art.1217 del Código Civil de la República Argentina: *Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1. La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 3. Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa.*

⁸⁰ Art. 1938 del Código Civil de la República Oriental del Uruguay: *Antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden hacer las convenciones especiales que juzguen*

que la pareja decida. Es más, se establece en el art. 1942 que dichas convenciones se deberán pactar antes de celebrarse el matrimonio, so pena de nulidad; pero podrán comprender los bienes que los cónyuges adquieran después de celebrado. También podemos tener en cuenta los arts. 1653 a 1657 del Código Civil brasileño dedicado a la regulación del *pacto antenuptial*, destinado a adoptar el régimen económico del matrimonio al modo de las capitulaciones⁸¹.

5. LEY APLICABLE A LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.

Sin duda, los tribunales españoles al encontrarse con este tipo de pactos tendrán que conocer de asuntos de derecho internacional privado de familia. No es nada difícil imaginar una situación en la que, por ejemplo, un español y una inglesa contraen matrimonio en Inglaterra, firmando allí un acuerdo prematrimonial, y deciden presentar la demanda de divorcio en España. Pues bien, fijada su competencia por el juez español, este deberá determinar la ley aplicable al acuerdo prematrimonial extranjero, ya que con ello podrá dilucidar si el pacto es válido, y cómo influye en las pretensiones de las partes. Pero para eso será necesario que determine la norma de conflicto a aplicar al acuerdo prematrimonial.

Para determinar la ley aplicable al caso, deberemos tener en cuenta que nuestro derecho civil común carece de regulación para los pactos prematrimoniales, por lo que no existiendo una norma de conflicto

convenientes, con tal que no se opongan a las buenas costumbres y se conformen a las disposiciones establecidas en los artículos siguientes.

⁸¹ CERVILLA GARZÓN, M. D., Op. cit., pp. 174 y ss.

específica que determine la ley aplicable, tendrá el juez que calificar el pacto para poder llegar a ella.

Este ejercicio consistirá en analizar la función de la institución jurídica extranjera para poder encontrar en nuestro Ordenamiento otra figura similar. El juez tendrá en cuenta el Derecho inglés y encontrará la figura conocida como *prenups*, y lo comparará con el derecho civil español, concluyendo que en nuestro derecho encuentran su homónimo las capitulaciones matrimoniales. Las capitulaciones cuentan no solo con regulación expresa en España y en nuestro sistema de Derecho internacional privado, sino que disponen de una norma de conflicto que nos permite determinar la ley aplicable: el artículo 9.3 del CC⁸². La Ley aplicable sería, o bien la ley de la nacionalidad, o de la residencia habitual de cualquier de los contrayentes.

Sustentamos este símil entre instituciones primeramente porque el objeto de los capítulos es regular los aspectos económicos del régimen económico matrimonial, así como aspectos personales. En segundo lugar, los acuerdos prematrimoniales pueden incluir tanto cláusulas personales como patrimoniales. Así pues, su función es conocida y desarrollada en España por las capitulaciones; el contenido que pretende regular las cuestiones patrimoniales de los futuros cónyuges es el contenido principal de la mayoría de los acuerdos prematrimoniales que se celebran. Lo relevante para el juez, será que exista una equivalencia suficiente entre las figuras, y esta existe de manera clara y notoria entre las dos figuras. Por otro lado, que el artículo 9.3 CC sea amplio para que tengan cabida dentro del mismo figuras no conocidas por el Derecho español, da lugar a

⁸² Artículo 9.3 CC: *Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.*

que, en este caso en concreto, quepa incluir no solo los acuerdos prematrimoniales sino también cualquier otro pacto entre cónyuges dirigido a regular los efectos económicos del matrimonio. Calificar al acuerdo prematrimonial como capítulos matrimoniales permitiría aplicar una sola ley, sin tener que aplicar una diferente en función de cada materia del acuerdo, evitando fraccionar el acuerdo teniendo que aplicar tantas leyes como materias contenga⁸³.

6. CONCLUSIONES

Los pactos en previsión de ruptura encuentran su fundamento en los principios constitucionales y en la evolución del matrimonio-institución, hacia el matrimonio-contrato, que permite a los cónyuges en base a la autonomía de su voluntad llevar a cabo cualesquiera tipos de contratos entre sí.

No se ha ocupado aún de ellos nuestro legislador. Sin embargo, nuestro Ordenamiento admite una amplia libertad de pactos entre cónyuges, por lo que actualmente están considerados como un acuerdo atípico, encajable dentro de las capitulaciones y admitidos tanto por la jurisprudencia (que ha incidido en ellos directa e indirectamente) como por la doctrina, sujetos a los límites que la ley determina. Estos últimos derivan de la igualdad entre sí de los cónyuges, de la reciprocidad, de la protección al cónyuge débil, y del interés de los hijos menores.

Lo cierto es que estos pactos se admiten no solo en Europa, sino incluso en otros continentes. Y, en general, se puede observar una tendencia

⁸³ ANTÓN JUAREZ, I., Op. cit., pp. 43 y ss.

generalizada a permitir a los cónyuges autorregular las consecuencias personales y patrimoniales de su crisis. Aunque, en lo que aquí importa, ha sido Cataluña, la Comunidad pionera donde ya han sido ampliamente regulados. Sería más que recomendable que nuestro legislador cogiese el relevo y los admitiese de manera autónoma. Con ello daría respuesta a las cuestiones en materia de su validez y eficacia y solventaría la problemática que pudiera presentar su aplicación. Parece claro que los principios clásicos del Derecho general de contratos no proporcionan remedios adecuados ante las vicisitudes de este tipo de pactos, en especial los vicios del consentimiento. Y es precisamente por tratarse de un contrato *sui generis*, por lo que no puede reconducirse a un mero contrato: merece una regulación propia, puesto que para evitar que se produzcan situaciones injustas o de incertidumbre es necesario adoptar especiales cautelas para su plena efectividad.

7. BIBLIOGRAFÍA.

Revistas jurídicas y otras obras.

- MILLÁN-VÁZQUEZ DE LA TORRE M., SANTOS-PITA M.P y PÉREZ-NARANJO L. M., “Análisis del mercado laboral femenino en España: evolución y factores socioeconómicos determinantes del empleo”, *Papeles de Población*, núm. 84, 2015.
- BERROCAL LANZAROT, A I., “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 5, 2015.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., “¿Por qué se indemniza a la mujer que compagina el trabajo en el hogar y en los negocios familiares y no, en general, a la que concilia vida familiar con cualquier

- profesión o actividad retribuida?” *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2017.
- GÓMEZ IBARGUREN. P., “La naturaleza temporal de la pensión compensatoria”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 700, 2006.
 - PINTO ANDRADE, C., “Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7571, 2011.
 - CABEZUELO ARENAS, A., “La pensión compensatoria del art. 97 CC. ¿Carácter indefinido o limitación en el tiempo?” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 2002.
 - ALLUEVA AZNAR, L., “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial. Comentario a la STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal, Secc. 1ª), de 12.7.2012”, *Indret*, núm. 1, 2013.
 - GINÉS CASTELLET, N., “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011.
 - ANTÓN JUÁREZ, I., “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2015.
 - GASPAR LERA, S., “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés. Validez, eficacia y discrecionalidad judicial.”, *Indret* núm. 3, 2012.
 - BARRIO GALLARDO, A., “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español.”

Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Núm. 46, 2016.

- GASPAR LERA, S., “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés. Validez, eficacia y discrecionalidad judicial.”, *Indret* número 3, 2012.
- MUÑOZ GARCÍA, M.J, “Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el derecho histórico español. Especial referencia a las leyes 54 a 61 del Ordenamiento de Toro y a su proyección.”, Tesis Doctoral. Universidad de Extremadura, 1989.
- LABADIE JACKSON, G., “Los requisitos de validez de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial y su eficacia ex post”. Tesis doctoral de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2013.
- QUINZÁ REDONDO, J. P., “La regulación sustantiva y conflictual del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: perspectivas de armonización y unificación”. Tesis doctoral. Universidad de Valencia, Valencia, 2015.

Manuales

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, primera edición, Madrid Tecnos, 2010.
- PAZ-ARÉS RODRÍGUEZ I., *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares. Homenaje a Luís Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Dykinson, Madrid, 2008.
- AGUILAR RUIZ L., “Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en la crisis de pareja.” *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI*, Navarra, Thomson Reuters, 2014.

Coordinadores Leonor Aguilar Ruiz, José Luis Arjona Guajardo-Fajardo, y Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla.

- CERVILLA GARZÓN, M. D, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- ROCA TRÍAS, E., *Libertad y Familia*, Primera edición, Tirant lo Blanch, 2014.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., *Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña en El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, primera edición, Barcelona, Bosch, 2011.
- ARNAU MOYA, F., *La temporalidad de la prestación compensatoria. Una evolución jurisprudencial y legislativa*, en *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, primera edición, Barcelona, Bosch, 2011.

Jurisprudencia.

- STS Sala de lo Civil, Sentencia núm. 325/1997, de 22 abril de 1997 (RJ 1997\3251).
- STS Sala de lo Civil, Sentencia núm. 116/2002, de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002\1619).
- STS Sala de lo Civil, Sentencia núm. 43/2005, de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133).
- STS Sala de lo Civil, Sentencia núm. 1053/2007, de 17 octubre de 2007 (RJ 2007\7307).
- STS Sala de lo Civil, Sentencia núm. 217/2011, de 31 marzo de 2011. (RJ 2011\3137).

- STS Sala de lo Civil, núm. 534/2011, de 14 julio de 2011 (RJ 2011\5122).
- STS Sentencia núm. 678/2015, de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5414).
- TSJ de Cataluña, Sentencia núm. 46/2012, de 12 julio de 2012 (RJ 2012\10025).
- SAP de Granada, Sentencia núm. 377/2001, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001\1599).
- SAP de Murcia, Sentencia núm. 374/2002, de 29 octubre de 2003 (JUR 2003\71008).