



Trabajo Fin de Máster

LOS PACTOS PRENUPCIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA

Evolución, clases, validez, límites y eficacia de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho español.

Autor

Javier Martínez Calvo

Director

Carlos Martínez de Aguirre Aldaz

Facultad de Derecho

2013

ÍNDICE

Lista de abreviaturas y siglas.....	1
<u>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN</u>	3
<u>CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO</u>	9
<i>II. 1</i> Breve mención a la legislación comparada.....	9
<i>II. 1. 1</i> Evolución de los acuerdos prematrimoniales en la legislación comparada: el precedente anglosajón.....	9
<i>II. 1. 2</i> Derecho norteamericano	11
<i>II. 1. 3</i> Derecho inglés.	16
<i>II. 1. 4</i> Derechos alemán e italiano.	19
<i>II. 2</i> Concepto de pacto prenupcial	20
<i>II. 3</i> Marco legal y evolución en España.....	23
<i>II. 3. 1</i> Derecho común: ausencia de regulación específica y aplicación de las reglas generales de contratación	24
<i>II. 3. 2</i> Derechos autonómicos.....	27

II. 3. 3 Posición de nuestro Tribunal Supremo sobre la autonomía de la voluntad de los cónyuges y la posibilidad de que éstos celebren válidamente acuerdos privados previendo los efectos de una eventual ruptura.....	35
 CAPÍTULO III: CLASES DE PACTOS PRENUPCIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA Y SU ADMISIBILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL..... 39	
 III. 1 Sobre la eventual ruptura por separación o divorcio	40
 III. 1. 1 Acuerdos relativos a las causas de separación y divorcio	40
 III. 1. 2 Acuerdos sobre indemnización por ruptura del matrimonio	44
 III. 2 Sobre los efectos de la ruptura en caso de separación o divorcio.....	48
 III. 2. 1 Pactos prenupciales con función de convenio regulador	49
 III. 2. 2 Pactos que inciden sobre la compensación por desequilibrio económico	52
 III. 2. 2. 1 Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico	52
 III. 2. 2. 2 Fijación de compensación por desequilibrio económico cuando no concurran los requisitos del art. 97 Cc.	61
 III. 2. 3 Pactos prenupciales de renuncia anticipada a la compensación por el trabajo para la casa.....	64
 III. 2. 4 Pactos relativos al uso del domicilio conyugal tras la separación o divorcio	65
 III. 2. 5 Pactos respecto de los hijos menores o incapacitados	68

III. 2. 6 Pactos relativos a la vida futura de los cónyuges tras la separación o el divorcio	73
III. 3 Breve referencia a los acuerdos prenupciales para los supuestos en que el matrimonio se declare nulo	74
CAPÍTULO IV: VALIDEZ, LÍMITES, EFICACIA Y EXIGIBILIDAD DE LOS PACTOS PRENUPCIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	77
IV. 1 Validez y forma de los acuerdos prematrimoniales.....	77
IV. 1. 1 Validez.....	77
IV. 1. 2 Forma	82
IV. 2 Límites a la autonomía de la voluntad.....	85
IV. 3 Eficacia y exigibilidad de los pactos prenupciales.....	92
CONCLUSIONES	97
BILBIOGRAFÍA	105

Lista de abreviaturas y siglas

ALI: The American Law Institute .

Art.: artículo.

AP: Audiencia Provincial.

Cc.: Código Civil.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CE: Constitución Española.

Cfr.: véase.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

EEUU: Estados Unidos de América.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

Lec: Ley de Enjuiciamiento civil.

MCA: Matrimonial Causes Act.

PFD: Principles of the Law of Family Dissolution: Análisis and Recommendations.

S.: Sentencia.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

Ss.: siguientes.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

UPAA: Uniform Premarital Agreement Act.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

La familia tradicional ha experimentado vertiginosos cambios en las últimas décadas, tratándose de una institución en constante evolución. En este marco se ha producido una progresiva ampliación del ámbito de la autonomía de la voluntad dentro del Derecho de familia, dando entrada a la autorregulación por parte de los particulares, que en muchos casos prefieren regirse por sus propios acuerdos, protegiendo así con mayor eficacia sus intereses y convicciones que una normativa abstracta y general que no puede atender a las particularidades de cada caso concreto. No obstante, como ocurre en muchas ocasiones en el ámbito del Derecho de familia, la realidad social va muy por delante del Derecho. Moreno Velasco ¹ llega a afirmar lo siguiente: «que la sociedad va siempre por delante del Derecho es innegable y, en materia de Derecho de familia, una constante». Aunque quizá sea una afirmación demasiado categórica, ya que encontramos algunos casos en los que ha sido la Ley la que ha favorecido cambios sociales, como por ejemplo en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo o de divorcio unilateral.

Pese a que gradualmente se va reconociendo capacidad de autorregulación a los particulares y se va ampliando así el ámbito de la autonomía de la voluntad dentro del Derecho de familia, el vacío legal existente en materia de acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura obliga a que este reconocimiento se haya producido vía jurisprudencial y como veremos con ciertas reservas por parte de los Tribunales. Nos encontramos por tanto en esta materia en la tradicional lucha existente entre el orden público matrimonial y el principio de autonomía de los ciudadanos ².

¹ MORENO VELASCO, Víctor, *El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad*. En: La Ley, núm. 7609 (Abril de 2011), p.2.

² Cfr. ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., Anguita Villanueva, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española*. En: Nul. Estudios sobre validez e ineffectuac. nº 1-

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2005 parece haberse dado un importante salto en favor del reconocimiento de la ampliación de la autonomía de la voluntad dentro del Derecho de Familia. Especialmente revelador al respecto es lo que prevé su Exposición de Motivos ³, que se inspira en el principio de autonomía de voluntad de las partes y pretende ampliar la libertad de los cónyuges en muchos de los aspectos relativos a su matrimonio (aunque no en todos, ya que por ejemplo no permite que las partes puedan acordar celebrar un matrimonio indisoluble).

No debemos olvidar que son cada día más numerosos los matrimonios que se rompen. Esta cultura divorcista se ha visto acrecentada en los últimos años con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que como sabemos ha suprimido la necesidad de alegar causa alguna para el divorcio, permitiendo que un cónyuge pueda instar unilateralmente la declaración de divorcio sin probar la existencia de ningún tipo de razón para ello y restando con ello importancia a la institución del matrimonio hasta el punto de convertirla en lo que algún autor ha llegado a denominar un contrato basura ⁴. Esta realidad a la que me estoy refiriendo puede observarse gráficamente a través de las

2010. <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806>. (fecha última consulta: 13/06/2013) p. 11 «...me estoy refiriendo a la lucha existente entre el orden público matrimonial y el principio de autonomía de los ciudadanos que parece chocar de forma radical en los contratos celebrados dentro o para la formación de una familia».

³ Dentro de las afirmaciones que se recogen en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 considero que en lo relativo a la ampliación de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia cabe destacar entre otras las siguientes: «La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior en nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio»; «En suma, la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio...»; «La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Solo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas»; «Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad».

⁴ Cfr. *Documento de trabajo sobre el matrimonio: El divorcio exprés*. En: GARCÍA CANTERO, Gabriel ,et al., *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*. Thomson Aranzadi, Madrid, 2007. p. 50 «El régimen de extinción del vínculo resulta tan facilitado que no existen prácticamente diferencias con la unión de hecho (contrato basura)».

estadísticas ofrecidas por el INE⁵, de acuerdo a las cuales en 2006 (recién aprobada la normativa citada) por cada tres matrimonios hubo más de dos divorcios. Aunque dicha proporción ha bajado ligeramente en los años posteriores debido principalmente a la crisis económica, se mantiene un elevadísimo número de divorcios. De acuerdo a los últimos datos publicados por el centro de estadística del Consejo General del Poder Judicial⁶, el número de divorcios en 2012 fue de 120.056, lo que supone que en España tiene lugar un divorcio cada cuatro minutos.

Aun cuando es cierto que plantear las consecuencias de una eventual ruptura antes de contraer matrimonio puede parecer desde luego poco romántico, y como señala Gaspar Lera⁷ muy poco alentador en relación a las expectativas que se tienen depositadas en la unión conyugal y al grado de compromiso que se pretende adquirir, no es menos cierto estos pactos pueden tener enorme utilidad, especialmente cuando existe gran desigualdad entre los patrimonios de los cónyuges, o cuando ambos cuentan con hijos, o en aquellos casos en que se han soportado las consecuencias de un matrimonio fallido anterior. Así mismo, y como iremos viendo a lo largo de las siguientes páginas, la adopción de estos pactos permite afrontar los procesos de separación o divorcio de modo menos traumático, además de reducir notablemente los costes judiciales y personales que conlleva un procedimiento contencioso de separación o divorcio⁸.

⁵ Datos ofrecidos por las Nota de prensa del INE de 15 de noviembre de 2007.

⁶ CGPJ: Informe de 22 de marzo de 2013 (www.poderjudicial.es). http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Los_divorcios_crecieron_un_2_el_an_o_pasado_y_los_procesos_de_modificacion_de_medidas_un_14_ (fecha última consulta: 19/05/2013).

⁷ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad*. En: Anuario de Derecho Civil Vol. LXIV, fascículo 3. p. 1.045

⁸ Cfr. MARTÍNEZ Novo, Susana, *Claves para la validez y eficacia de los contratos y acuerdos prematrimoniales*. En: IURIS, actualidad y práctica del Derecho, núm. - 144 (diciembre 2009). p. 37. «... Es por otro parte incuestionable que la molestia y os costes de elaboración y ejecución de un acuerdo de este tipo son infinitamente menores que los costes judiciales y personales de un procedimiento contencioso de separación, divorcio o liquidación de bienes».

Pese al carácter novedoso de los pactos o acuerdos prematrimoniales, que impide hablar de ellos como de una figura de larga evolución histórica, comenzaré mi exposición refiriéndome a algunos antecedentes que encontramos en la legislación comparada, y más en concreto en los *Premarital agreement* norteamericanos, que como vamos a ver suponen el precedente más directo de los pactos prenupciales.

Y es que no podemos abordar esta materia sin hacer referencia al estado de la cuestión en la legislación comparada y en especial en el Derecho anglosajón, donde ya desde largo tiempo atrás existe la posibilidad de pactar antes del matrimonio algunos aspectos del mismo, incluido los efectos de una eventual ruptura⁹. Por ello dedicaré parte de este trabajo a presentar las reglas que encontramos en la legislación comparada en relación a los acuerdos que nos ocupan. Como tendremos la oportunidad de observar, el *Common Law* acostumbra a admitir la validez de estos pactos basados en la capacidad de autorregulación de los futuros cónyuges, sentando sin lugar a dudas el precedente directo de los acuerdos prematrimoniales que nos ocupan, que muy gradualmente se han ido extendiendo a otros países.

En el caso de España no existe tradición en la celebración de estos acuerdos previendo los efectos de una eventual ruptura. Nuestro Código Civil (en adelante Cc.) carece de regulación específica para este tipo de acuerdos, y debemos mirar a la escasa jurisprudencia y doctrina de nuestros Tribunales, que a partir de la aplicación de las reglas generales de contratación se han pronunciado sobre algunos aspectos como los requisitos de validez, límites y eficacia de los mismos.

Como ocurre en la legislación estatal, la normativa autonómica prevista para esta materia es prácticamente inexistente. Salvo algunas previsiones de

⁹ Cfr. MORENO VELASCO, Víctor, *La validez de los acuerdos prematrimoniales*. En: La Ley, núm. 7049 (Noviembre de 2008), p. 1345. «En el mundo anglosajón existe desde antaño la posibilidad de pactar antes del matrimonio los efectos de la ruptura del mismo. Nada más que echar un vistazo a la hemeroteca de la prensa rosa internacional para comprobar los acuerdos millonarios entre actrices, cantantes y deportistas de élite».

ciertas CCAA que estudiaremos en el apartado correspondiente, solo el Derecho catalán ha entrado a regular con cierta minuciosidad esta cuestión.

La falta de tradición en la adopción de acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura por parte de los futuros cónyuges hace que la doctrina y la jurisprudencia sean muy escasas, por lo que me ha sido especialmente difícil encontrar materiales para desarrollar el tema. Sin perjuicio de lo anterior, sí existen algunos pronunciamientos que pueden extrapolarse a esta materia, y que serán objeto de estudio en las páginas que siguen. Como tendremos la oportunidad de observar al analizar la jurisprudencia existente en esta materia, aun cuando nuestros Tribunales tienden a admitir una cierta ampliación de la autonomía de la voluntad, es contradictoria respecto a la admisión de estos pactos , y la escasa doctrina existente tampoco es unánime. No obstante la mayoría de autores que han trabajado en esta materia se muestran favorables a su admisión, principalmente por considerar que al tratarse de un momento de armonía, es una buena ocasión para adoptar estos acuerdos¹⁰.

Los pactos que pueden celebrar los futuros cónyuges en previsión de los efectos de una ruptura pueden versar sobre muy diversos aspectos. Por ello dedicaré un capítulo de este trabajo a analizar aquellos acuerdos que bajo mi punto de vista son más relevantes, tanto por su habitualidad en la práctica como por las controversias a las que han dado lugar en cuanto a su validez y eficacia. A tal efecto clasificaré los diferentes pactos en función de las materias que prevén, diferenciando entre aquellos acuerdos relativos a la ruptura en sí (bien introduciendo la obligatoriedad de alegar causa para instar la separación o divorcio o bien previendo una indemnización a cargo de aquél que promueve la ruptura); y los que regulan los efectos de la misma. A esta última categoría será a la que dedicaré una mayor extensión, ya que como veremos son muchos

¹⁰ GASPAR LERA, Silvia, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*. XXII Jornadas Ius Familiae. Facultad de Derecho . Universidad de Zaragoza, 2013. La citada autora pone de manifiesto que aunque la doctrina no es unánime, la mayoría de autores lo consideran un contrato más de familia y consideran que al ser un momento de armonía es el mejor para adoptar los acuerdos. No obstante también hay autores que señalan que supone un enfoque muy pragmático del matrimonio y que es poco romántico y no muy acorde con el compromiso que supone el matrimonio.

los acuerdos que pueden adoptarse en previsión de los efectos de una eventual ruptura matrimonial.

El cuarto capítulo tendrá por objeto el estudio de los requisitos de validez y eficacia de los pactos prenupciales en previsión de ruptura en nuestro ordenamiento jurídico, así como de los límites a los que quedan sometidos, pues como veremos el principio de autonomía de la voluntad no puede ser ilimitado, y está sujeto a ciertas restricciones, especialmente cuando choca con materias indisponibles por las partes previstas en el Derecho civil imperativo.

Cerraré este trabajo con unas breves conclusiones sobre la novedosa y progresiva introducción de los pactos prenupciales previendo los efectos de una eventual ruptura en nuestro Derecho. Reflexionaré al respecto de lo que supone la admisión de este tipo de acuerdos. Igualmente me pronunciaré acerca de la conveniencia de la inclusión de los acuerdos prenupciales en nuestro Derecho positivo y hare referencia a algunas reformas legislativas que a mi juicio serían necesarias para atender a esta nueva realidad jurídica.

Para realizar este trabajo he contado con la ayuda de mi tutor, el profesor D. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, y quiero aprovechar estas líneas para agradecerle sinceramente haber aceptado dirigir el trabajo, así como su apoyo y dedicación durante este tiempo.

CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO

II. 1 Breve mención a la legislación comparada

II. 1. 1 Evolución de los acuerdos prematrimoniales en la legislación comparada: el precedente anglosajón

La primera referencia que encontramos a los pactos prenupciales en previsión de una eventual ruptura data del Derecho inglés del siglo XVI, y en concreto en los acuerdos que se producían dentro de las familias con grandes posesiones. En esta época la mujer casada no podía contar con su propio patrimonio personal dentro del matrimonio, lo que ponía en peligro los intereses de las grandes fortunas del país respecto de sus hijas. Como señala Anguita Villanueva ¹¹ «Ante esa falta de respuesta jurídica a las realidades sociales, como suele ser habitual, se buscaron otras soluciones jurídicas para hacer frente a situaciones no queridas por los ciudadanos. En este caso, la respuesta para alterar la incapacidad patrimonial de la mujer casada...utilizó el Derecho de contratos, especialmente mediante los contratos celebrados antes del matrimonio». El Derecho inglés no tardó en reaccionar a esta nueva situación y en 1677 los contratos por razón del matrimonio se incluyen dentro del cuerpo legal de *Statute of Frauds* ¹².

¹¹ ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española...*, cit., p. 11 «...se conocen dos casos en los que se otorgó efectos a los contratos celebrados antes del matrimonio, los cuales permitieron a la mujer casada tener un cierto poder de disposición: son el caso *Avenant versus Kitchtn*, acaecido entre 1581 y 1582, y el de *Palmer versus Kevnall*».

¹² *Ibidem*, p. 7

Es en EEUU donde encontramos el claro precedente en la adopción de estos acuerdos. El primero de ellos del que se tiene constancia data de 1698, y ya en el siglo XIX encontramos numerosos ejemplos de pactos prenupciales previendo los efectos de una ruptura, aunque sólo se adoptaban para supuestos de disolución por premoriencia de uno de los cónyuges, y no para la ruptura por separación o divorcio¹³.

Ya en el siglo XX los Tribunales Supremos de EEUU comenzaron a pronunciarse sobre la validez de los pactos prenupciales en previsión de ruptura, aunque admitiendo únicamente aquellos relativos al fallecimiento de uno de los cónyuges. No sería hasta el conocido litigio de *Posner v. Posner*¹⁴, acaecido en 1970, cuando los Tribunales empezarán a reconocer la validez de los acuerdos que versan sobre los efectos de la ruptura por separación o divorcio¹⁵.

Siguiendo por la evolución que ha experimentado esta figura en la legislación comparada debo hacer obligada mención a la *National Conference of*

¹³ *Ibidem*, p. 7, 8 y 9 «...la existencia de contratos entre los futuros cónyuges se encuentra en los territorios norteamericanos incluso antes de que dejara de ser colonia de Inglaterra...el primero de ellos data de 1698 y es un contrato celebrado por dos futuros esposos, *Luke Hayes y Mardlyn Freeman*...los otros tres encontrados, ya todos del siglo XIX: 1823 *Armitage y Reid*, 1828 *Bracket y Smith* y 1866 *Paig y Brigham*. «Ahora bien, la existencia y reconocida validez de los acuerdos prematrimoniales durante este momento histórico se extendía exclusivamente a los pactos cuyos efectos tenían básicamente contenido patrimonial y a aquellos que se producían constante el matrimonio y que surtían efectos una vez se disolvía el vínculo por premoriencia de uno de los dos cónyuges, si bien nunca para los supuestos de separación o divorcio que fue una conquista ya del último tercio del siglo XX».

¹⁴ *Ibidem*, p. 12. El litigio de *Posner v. Posner* (1970) fue resuelto por el Tribunal Supremo de Florida. En palabras de Luis A. Anguita Villanueva «La resolución de este caso vino a confirmar la doctrina que el mismo Tribunal había declarado ocho años antes en un antenuptial agreement pero que surtía efecto tras la muerte de uno de los dos contratantes». Se trató del caso *Del Vecchio v. Del Vecchio*, que como señala Luis A. Anguita Villanueva «...consagró la validez de estos acuerdos estableciendo unos estándares de legitimación para que el acuerdo fuera válido, basándose los mismos no sólo en los requisitos del Derecho de los contratos sino, y sobre todo, en el conocimiento "aproximado" por parte de la mujer del patrimonio del marido para dotar de validez a la voluntad expresada en el mismo y a las renuncias que se establecieran sobre los derechos derivados de tal relación».

¹⁵ *Ibidem*, p. 13. «El Tribunal Supremo de Florida entendió que si se admiten estos pactos para el caso de fallecimiento, nada impide que se pueda admitir para el divorcio... por tanto, declaró el Tribunal que el divorcio sí es un extremo sobre el que pueden negociar los futuros esposos, pudiendo establecer fórmulas para la distribución de sus patrimonios una vez aconteciera la disolución en vida de los cónyuges».

Commissioners on Uniform State Laws celebrada en 1983 en Boca Ratón (Florida), que aprobó la *Uniform Premarital Agreement Act* (en adelante UPAA) con objeto de armonizar la legislación de todos los Estados en la materia que nos ocupa, y que da un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los futuros cónyuges¹⁶. A partir de la UPAA comenzaron a admitirse con carácter general los denominados *Premarital Agreements*, que como ya he anticipado se consideran el precedente directo de los acuerdos que nos ocupan. A ello me referiré con mayor detalle en el siguiente apartado, dedicado a la regulación norteamericana en la materia.

II. 1. 2 Derecho norteamericano

En EEUU encontramos una normativa sobre relaciones matrimoniales en cada Estado, con un total de cincuenta y un normativas diferentes, aunque en realidad existen amplios puntos de conexión entre todas ellas en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales¹⁷. Estos puntos de conexión no solo se aprecian a nivel legislativo, sino también en los pronunciamientos de los Tribunales de los diferentes Estados sobre la admisibilidad de los acuerdos formalizados por los futuros cónyuges antes de celebrar el matrimonio¹⁸. Además, como ya he señalado, la aprobación de la UPAA tuvo por objeto armonizar las legislaciones de los Estados en materia de pactos prematrimoniales, lo que justifica los citados puntos de conexión existentes entre las diferentes normativas norteamericanas.

La regulación de los acuerdos prematrimoniales en EEUU gira en torno a garantizar la libertad de consentimiento de los otorgantes, especialmente

¹⁶ *Ibidem*, p. 15

¹⁷ *Ibidem*, p. 10

¹⁸ Cfr. caso *Del Vecchio v. Del Vecchio* (Florida, 1962); caso *Posner v. Posner* (Florida, 1970), que como pone de manifiesto Anguita Villanueva (*Ibidem*, p. 12) «...es traído al texto de 82 sentencias de Tribunales de 25 Estados y es citado en más de 100 artículos doctrinales...»; caso *In re Marriage of Dawley* (California, 1976); caso *Osborne v. Osborne* (Massachusetts, 1981), etc.

cuando alguno de ellos no cuenta con suficiente capacidad de discernimiento o existe un grave desequilibrio económico entre ambos y se corre el riesgo de que uno de ellos, prevaleciéndose del lugar ventajoso que ocupa en la negociación, fuerce la prestación del consentimiento del otro o fije unilateralmente las condiciones del acuerdo¹⁹.

En cuanto al ámbito de aplicación de la UPA, esta cuestión se prevé en su artículo primero, que señala que "*Acuerdo prematrimonial significa un acuerdo entre los futuros cónyuges realizado en previsión del matrimonio y para surtir efectos en el mismo*". Como señala Anguita Villanueva²⁰ «...no están incluidos en éste instrumento ni los acuerdos entre parejas en situación convivencial asimilable al matrimonio, ni los acuerdos post nupciales o los relativos a prever los efectos de la separación o el divorcio». Sin embargo y pese al carácter restrictivo que parece tener esta regulación cuando se refiere a su ámbito de aplicación, lo cierto es que lejos de excluirse la posibilidad de adoptar acuerdos anticipando las consecuencias de una ruptura, algunos de ellos encuentran cobertura en el resto del articulado. Y es que el contenido de los pactos de la UPA puede ser muy amplio²¹. Por mencionar algún ejemplo significativo de acuerdo

¹⁹ El artículo 6 de la Uniform Premarital Agreement act (1983) establece lo siguiente: «(A) No se podrá ejecutar un acuerdo prematrimonial si a parte contra la que se ejecuta el acuerdo acredita que: (1) esa parte no suscribió el acuerdo de forma voluntaria o (2) el acuerdo era abusivo cuando fue suscrito y, antes de su suscripción dicha parte: (i) no fue suficiente y razonablemente informada sobre el patrimonio o la situación financiera de la otra parte, (ii) no renunció voluntaria y expresamente, por escrito, al derecho a recibir más información sobre el patrimonio o la situación financiera de la otra parte que le fue suministrada, (iii) no tenía, o no podía razonablemente haber tenido, un conocimiento adecuado del patrimonio o de la situación financiera de la otra parte». (GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.071).

²⁰ ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española...*, cit., p. 16.

²¹ El artículo 3 de la UPA se refiere al contenido que pueden presentar los acuerdos prematrimoniales, y su tenor es el que sigue: «(a) *Las partes de un acuerdo prematrimonial pueden contratar sobre los siguientes extremos:* (1) *los derechos y obligaciones de cada una de las partes respecto del patrimonio de cada una de ellas o del de ambos cuando y donde sean adquiridos o localizados;* (2) *el derecho a comprar, vender, usar, transferir, cambiar, abandonar, arrendar, consumir, gastar, ceder, establecer una garantía, hipotecar, gravar, ceder o cualquier otro acto de gestión o control sobre sus patrimonios;* (3) *la disposición de los patrimonios después de la separación, el divorcio, la muerte, o la concurrencia o no concurrencia de cualquier otro evento;* (4) *la modificación o la eliminación de la pensión compensatoria;* (5) *la elaboración de un testamento, fideicomiso, o cualquier otro pacto para llevar a cabo las disposiciones del acuerdo prematrimonial;* (6) *los derechos de propiedad de los que va a ser beneficiario alguien mediante lo dispuesto en un seguro de vida;* (7) *la elección de la ley aplicable a estos acuerdos;*

previendo una eventual ruptura me referiré a la renuncia de lo que en España conocemos tradicionalmente como pensión compensatoria (actualmente denominada por nuestro Código compensación por desequilibrio económico), que en el artículo 3 de la UPAА se prevé expresamente como uno de los posibles contenidos que pueden presentar estos acuerdos, bajo el nombre de *the modification or elimination of spousal support*²². Sin embargo no todos los Estados admiten que los *premarital agreements* se refieran a esta materia²³. Respecto a los acuerdos que versan sobre las causas de separación o divorcio, nada impide admitir a mi juicio admitir su validez. Además, en varios Estados de Norteamérica²⁴ existe junto al matrimonio convencional, conocido como *no fault divorce*, otro sometido a causas tasadas de separación y divorcio (*covenant marriage*, también conocido como matrimonio-alianza)²⁵, pudiendo los futuros cónyuges optar entre uno u otro²⁶. Pues bien, en el caso de los referidos Estados un pacto prematrimonial en el que se determinen las causas de separación o

(8) cualquier otra materia, incluyendo los derechos y obligaciones personales de cada parte, siempre que no violen el orden público o una norma que imponga una sanción criminal. (b) El derecho de alimentos de un hijo no puede verse afectado negativamente por un acuerdo prematrimonial». (ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española...*, cit., p. 17).

²² Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria En el Código Civil*. En: Anuario de Derecho Civil, Vol. LVI, fascículo 3, 2003. p. 1659.

²³ *Ibidem*, p. 1659. «...el caso paradigmático es el de California, que ha adoptado la mencionada ley uniforme, pero omitiendo la referencia a que los acuerdos prematrimoniales puedan afectar a las pensiones posdivorcio... la Corte Suprema de California mantiene que la validez de la renuncia a la pensión en los acuerdos prenupciales ha sido dejada por el legislador al arbitrio de los tribunales...».

²⁴ GARCIMARTÍN MONTERO, Mª del Carmen, *Propuestas para una mejor regulación del matrimonio*. En: GARCÍA CANTERO, Gabriel, et al., *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*. Thomson Aranzadi, Madrid, 2007. p. 50. «...concretamente en Louisiana, Arkansas y Arizona».

²⁵ Cfr. GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.053.

²⁶ GARCIMARTÍN MONTERO, Mª del Carmen, *Propuestas para una mejor regulación del matrimonio...*, cit., p. 50 «...el matrimonio-alianza regulado en algunos Estados de Norteamérica, concretamente, en Louisiana, Arkansas y Arizona. Se trata de una opción elegida voluntariamente, que añade algunas cautelas al matrimonio ordinario en lo que respecta a su disolución. Los contrayentes deben hacer un esfuerzo razonable y poner los medios adecuados para preservar el vínculo incluyendo el recurso al asesoramiento matrimonial, si surgen dificultades durante la vida conyugal. Sólo cuando ha habido una ruptura absoluta de la alianza matrimonial pueden solicitar una declaración de que el matrimonio ha dejado de existir legalmente. La eficacia de esta opción, no obstante, es limitada, porque las partes podrán acudir a cualquier Estado que no admite el matrimonio-alianza y obtener el divorcio de acuerdo con sus leyes».

divorcio podría servir para configurar un matrimonio que se situara a medio camino entre ambos tipos de matrimonio, es decir, de no tan fácil ruptura como el *no fault divorce*, pero tampoco tan restrictivo como el *covenant marriage*.

Una vez que hemos presentado algunos de los contenidos que pueden tener los pactos prematrimoniales en el Derecho norteamericano haré una breve mención a la eficacia de los mismos. Al respecto debemos acudir al art. 6 de la UPAAP²⁷, en el que se definen una serie de supuestos en los que los acuerdos adoptados van a ser ineficaces. De lo previsto en el citado precepto cabe a mi juicio destacar entre las condiciones exigidas para la eficacia de los acuerdos que nos ocupan las dos siguientes: que se haya producido consentimiento expreso; y que las partes hayan sido convenientemente informadas, especialmente de todos los pormenores relativos al patrimonio y expectativas económicas del otro cónyuge.

La UPAAP no ha sido el único instrumento tendente a la unificación de la regulación de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho norteamericano. En el año 2002 *The American Law Institute* (en adelante ALI) publicó los *Principles of the Law of Family Dissolution: Análisis and Recommendations* (PFD)²⁸, que aun careciendo de valor normativo directo, han influido notablemente en las resoluciones adoptadas por los Tribunales de los diferentes Estados. Si

²⁷ Art. 6 UPAAP: «(a) Un acuerdo no es eficaz si la parte contra la que se esgrime la ejecución demuestra que: (1) la parte no realizó el acuerdo voluntariamente o; (2) el acuerdo fue leonino y, antes de la ejecución del acuerdo, aquella parte: (i) no recibió justa y razonable información del patrimonio y obligaciones financieras de la otra parte, (ii) no lo hizo voluntariamente o con renuncia expresa, por escrito, a cualquier derecho a divulgar el patrimonio o las obligaciones financieras de la otra parte más allá de la información proporcionada; y (iii) no tenía, o razonablemente no podía haber tenido, un conocimiento adecuado del patrimonio y las obligaciones financieras de la otra parte. (b) Si una cláusula del acuerdo prematrimonial modifica o elimina la pensión compensatoria de los cónyuges y esta modificación o eliminación causa a una parte del acuerdo un perjuicio tal que le haría estar incurso en las condiciones para ser beneficiario de una ayuda dentro de un programa de asistencia pública al tiempo de la separación o disolución matrimonial, un tribunal, con independencia de los términos del acuerdo, puede requerir a la otra parte a proveer del sustento necesario para evitar que dicha parte se encuentre en esas condiciones. (c) Un asunto de cláusula leonina de un acuerdo prematrimonial deberá ser decidido por el tribunal como una cuestión de derecho». (ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española...*, cit., p. 19).

²⁸ Cfr. ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española...*, cit., p. 24.

comparamos los PFD con la UPAA, encontramos que los primeros presentan un ámbito de aplicación mucho más amplio. Recordemos que en el tenor literal de la definición que la UPAA daba de los acuerdos prematrimoniales omitía los acuerdos entre parejas en situación convivencial asimilable al matrimonio, así como los acuerdos post nupciales o los relativos a la separación y divorcio. Por contra, los PFD ²⁹ en su capítulo 7 (referido expresamente a los *Premarital and marital agreements*) incluyen expresamente los pactos adoptados en previsión de una eventual ruptura, haciendo extensible además todo lo dispuesto a las parejas de hecho.

Otro aspecto que debo resaltar de los PFD es que establecen una presunción *iuris tantum* ³⁰ de integridad del consentimiento cuando concurren determinados requisitos ³¹, a diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho, en el que se deja en manos de los Tribunales la determinación de la existencia o no de consentimiento en el proceso formativo del pacto, mediante la comprobación de la concurrencia de todos los requisitos de validez previstos en nuestro Cc. No obstante en la práctica la situación es semejante, con la diferencia de que al no existir en nuestro Derecho normas específicas dirigidas a reforzar la integridad del consentimiento en este tipo de acuerdos, los Tribunales han de

²⁹ Capítulo 7 PFD: «*Un acuerdo prematrimonial es un acuerdo entre las partes en previsión de un matrimonio que altera o confirma los derechos y obligaciones legales que de otra manera nacerían de estos Principios o de la ley que rija la disolución matrimonial»... «*El objetivo de este Capítulo es permitir a los cónyuges, que pretender contraer matrimonio, y aquellos que son o pretenden comenzar una relación doméstica asimilable, acomodar sus necesidades y circunstancias particulares mediante un contrato modificando o confirmando los derechos y obligaciones legales que de otro modo nacerían bajo estos Principios, u otra ley reguladora de la disolución matrimonial, sometido a las limitaciones que establecen las reglas aplicables a la competencia y los límites en la capacidad de las partes para apreciar adecuadamente el impacto de las condiciones del contrato en las diferentes circunstancias de la vida, al tiempo del acuerdo*». (ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española...*, cit., p. 25).*

³⁰ Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1667.

³¹ *Ibidem*, p. 1667. En los PFD se establece una presunción *iuris tantum* de la integridad del consentimiento cuando concurren los siguientes requisitos: «(1) que el acuerdo se celebre al menos treinta días antes de la boda; (2) que cada parte sea informada de la posibilidad de obtener asesoramiento independiente y tenga una razonable oportunidad de hacerlo; (3) que en aquellos casos en los que una de las partes no haya obtenido este asesoramiento independiente, el acuerdo incluya en un lenguaje claro los derechos a los que se renuncia y el hecho de que el interés de las partes puede estar comprometido».

ser especialmente cuidadosos en el escrutinio del proceso formativo del pacto³². En cualquier caso, las previsiones del Derecho español acerca de esta materia serán estudiadas con detalle en el apartado correspondiente.

Una vez analizada la regulación que prevé el Derecho norteamericano para los pactos prenupciales, continuaré este recorrido por la legislación comparada refiriéndome al Derecho inglés, en el que como he adelantado, y aun cuando no han sido objeto de regulación específica, existen numerosos pronunciamientos de los Tribunales respecto a la adopción de estos pactos por los futuros cónyuges.

II. 1. 3 Derecho inglés.

En cuanto a la evolución que han experimentado los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés, hasta mediados del siglo XX se entendía que un acuerdo por el que los futuros cónyuges previeran anticipadamente las consecuencias de una eventual ruptura del matrimonio incitaba al incumplimiento de la obligación de convivencia, y por tanto los Tribunales venían declarándolos inválidos por considerarlos contrarios al orden público³³. Sin embargo, posteriormente los Tribunales comenzaron a pronunciarse a favor de la validez de este tipo de acuerdos, y ya recientemente tienden a admitir plenamente su validez³⁴.

A continuación me referiré a las condiciones que deben reunir los pactos prenupciales para gozar de validez y eficacia en el Derecho inglés. Como es obvio el acuerdo debe haberse celebrado libremente y con pleno conocimiento de su contenido por parte de los otorgantes, por lo que será inválido si se

³² *Ibidem*, p. 1667-1668.

³³ Cfr. GASPAR LERA, Silvia, *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés: validez, eficacia y discrecionalidad judicial*. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho . Barcelona: 2012. http://www.indret.com/pdf/913_es.pdf, (fecha última consulta: 13/06/2013), p. 8

³⁴ Al respecto ha sentado un importante precedente el caso *Radmacher v. Granatino* (2010), (*Ibidem*, p. 12-20).

acredita por una de las partes una absoluta ignorancia del alcance del acuerdo. Igualmente, no basta con la ausencia de vicios del consentimiento (error, dolo e intimidación) para que el acuerdo sea válido, sino que se debe verificar que no exista una influencia indebida de una parte sobre la otra³⁵. En cuanto a la eficacia de los acuerdos, éstos devendrán ineficaces cuando se produzca una alteración de las circunstancias tal, que su cumplimiento resulte injusto al tiempo de la ruptura³⁶.

Respecto al contenido de los acuerdos y los límites de la autonomía de la voluntad de los futuros cónyuges, se trata de una cuestión controvertida en el Derecho inglés, ya que la MCA (*Matrimonial Causes Act*) no concreta los derechos sobre los que los otorgantes pueden disponer. Por tanto, ante la ausencia de un marco jurídico específico, será la jurisprudencia la que determine los límites a los que quedan sujetos estos acuerdos³⁷. Como pone de relieve Gaspar Lera³⁸, entre los aspectos considerados por el Tribunal Supremo inglés para determinar el alcance que puede tener su contenido, se mencionan expresamente «... la situación de necesidad de alguno de los cónyuges y su derecho a alimentos; la situación de desigualdad de alguno de ellos por razón del matrimonio y su derecho a una compensación; y el patrimonio generado por ambos durante su convivencia y el derecho a una liquidación equitativa del mismo». Por tanto, se excluye la admisión de aquellos acuerdos por los que las partes renuncien anticipadamente a la satisfacción de sus necesidades más esenciales, por ejemplo renunciando al derecho de alimentos³⁹. Otro contenido

³⁵ Cfr. GASPAR LERA, Silvia, *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés*, cit., p.14 y 15

³⁶ *Ibidem*, p.19

³⁷ *Ibidem*, p.16

³⁸ *Ibidem*, p. 16.

³⁹ *Ibidem*, p.19 «...no resultaría admisible un pacto por el que las partes renunciaran anticipadamente a la satisfacción de sus necesidades más esenciales en el momento de la ruptura. Un acuerdo con este contenido -es decir, una renuncia anticipada al derecho de alimentos- sería contrario al orden público, poniéndose de relieve en el Derecho inglés que es intolerable derivar al erario público una obligación que debe ser asumida en el seno de la familia».

que tampoco cabría, según el principio extraído del conocido caso *Hyman v. Hyman*⁴⁰, sería el relativo a establecer las partes por su cuenta una serie de causas para poder solicitar el divorcio, de tal modo que si no concurriera ninguna de estas causas no se pudiera pedir el divorcio⁴¹.

Existen numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo británico acerca de la admisibilidad de este tipo de acuerdos. Entre ellos ha tenido especial trascendencia el relativo al caso *Radmacher v. Granatino* (2010)⁴², en el que se dirimía la validez de un acuerdo prematrimonial formalizado en Alemania y del que se pretendía que desplegará sus efectos en Inglaterra, donde los cónyuges habían fijado su residencia. En dicho acuerdo prematrimonial los otorgantes renunciaban a reclamarse alimentos o cualquier tipo de compensación económica en caso de divorcio. Una vez tuvo lugar el divorcio, y pese a lo pactado, Granatino solicitó que se establecieran en su favor medidas de naturaleza económica tendentes a compensar el desequilibrio patrimonial de ambas partes. Pues bien, el Tribunal Supremo británico se pronunció al respecto en su sentencia de 20 de octubre de 2010, desestimando las peticiones del recurrente, y sosteniendo 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».

En definitiva, y para cerrar esta mención al derecho inglés, hay que señalar que la jurisprudencia británica admite los acuerdos prematrimoniales siempre que se hayan celebrado libremente y con pleno conocimiento por parte de los otorgantes del contenido de los mismos. Ahora bien, no serán eficaces

⁴⁰ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1654. Caso *Hyman v. Hyman* (1929) «..es materia de orden público que las partes no pueden prescindir de los tribunales para establecer las causas y consecuencias de su futuro divorcio».

⁴¹ *Ibidem*, p. 1654.

⁴² GASPAR LERA, Silvia, *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés...*, cit., p. p.4 y ss.

cuando resulten perjudiciales para los hijos menores o injustos para alguno de los cónyuges al haber sobrevenido circunstancias que éstos no pudieron predecir⁴³.

II. 1. 4 Derechos alemán e italiano.

En primer lugar me referiré brevemente al Derecho alemán, en el que entre otros contenidos el legislador reconoce la posibilidad de renunciar a la compensación por desequilibrio económico mediante pacto expreso incluido en capitulaciones matrimoniales⁴⁴, admitiendo explícitamente la posibilidad de que los cónyuges puedan celebrar acuerdos sobre su deber de alimentos para el tiempo posterior al divorcio, y como señala García Rubio⁴⁵ «...en ningún momento se prohíbe que dicha renuncia sea previa al surgimiento de la crisis». Obviamente esta facultad de renuncia que tienen los futuros cónyuges en el Derecho alemán está sujeta a límites, y carecerá de validez cuando sea contraria al orden público⁴⁶.

Por último haré un apunte sobre la legislación italiana en la materia, y con ello cerraré este recorrido por el Derecho comparado. El Derecho italiano excluye expresamente la posibilidad de renunciar anticipadamente a la compensación por desequilibrio económico o a la compensación por el trabajo para la casa, al prohibir el art. 160 del *Codice Civile* la derogación de los derechos previstos por la ley. Además, la *Corte di Cassazione* italiana se ha pronunciado en contra de la admisibilidad de cualquier tipo de acuerdo en prevención de una

⁴³ *Ibidem*, p.2

⁴⁴ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.054.

⁴⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1654.

⁴⁶ Un ejemplo de pacto de renuncia contrario al orden público sería aquel en el que una de las partes se prevale, en su propio beneficio, de la situación de inferioridad psíquica de la otra. (*Ibidem*, p.1668). «En Alemania se consideran contrarios al orden público los acuerdos relativos a los derechos alimenticios cuando en su proceso de celebración una de las partes se prevale, en su propio beneficio, de la situación de inferioridad psíquica de la otra».

crisis conyugal⁴⁷. No obstante, y aun cuando existe en Italia una concepción generalizada que niega la validez de cualquier pacto que aspire a regular las consecuencias económicas del divorcio⁴⁸, como señala Gaspar Lera⁴⁹, la doctrina se ha pronunciado a favor de la admisibilidad en general de los acuerdos prematrimoniales para la regulación de otros extremos.

II. 2 Concepto de pacto prenupcial

Por pacto prenupcial podemos entender cualquier acuerdo entre los futuros cónyuges que se adopte con anterioridad a la celebración del matrimonio. Sin embargo esta definición puede resultar insuficiente, ya que no nos permitiría distinguirlos de otras figuras, como por ejemplo de las capitulaciones matrimoniales, que no dejan de ser un acuerdo entre los cónyuges, y que normalmente se adopta antes de que tenga lugar el matrimonio. En palabras de Pinto Andrade⁵⁰ podemos definir los acuerdos prematrimoniales objeto de ese estudio como «... aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales, quienes tienen proyectado contraer matrimonio... regulan total o parcialmente las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su matrimonio sea por separación o divorcio». A mi juicio esta

⁴⁷ Cfr. GINÉS CASTELLET, Núria, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos preruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña*. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 727. Septiembre 2011. p. 2577-2620. <http://vlex.com/vid/330004175> (fecha última consulta: 19/05/2013). «Tras un breve lapso de una muy tímida apertura en la década de los setenta, la Corte di Cassazione italiana se ha pronunciado, clara y contundentemente, en contra de la admisibilidad de cualquier tipo de acuerdo en prevención de una crisis conyugal, tesis que viene manteniendo con fuerza desde principios de los años ochenta ».

⁴⁸ Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1654.

⁴⁹ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.044.

⁵⁰ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura*. En: Artículos Doctrinales: Derecho Civil. Noticias Jurídicas, 2010. <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201009-37281946753951.html> (fecha última consulta: 13/06/2013).

definición también podría quedarse corta, ya que el contenido de los acuerdos prematrimoniales puede incluir muchos más aspectos que los relativos a la ruptura por separación o divorcio. Por ejemplo, a través de estos acuerdos los futuros cónyuges pueden ordenar anticipadamente los aspectos que regirán su convivencia conyugal (aunque en este trabajo nos centraremos únicamente en los relativos a la ruptura). Además, los pactos en previsión de ruptura no tienen porque limitarse a aquellos casos en que ésta se produce por una separación o un divorcio, sino que también se incluirían las previsiones que hicieran respecto a aquellos casos en que el matrimonio fuera declarado nulo. Por todo ello propongo la siguiente definición, que incluye todos los supuestos a los que me he referido: Los pactos prematrimoniales son un negocio jurídico en virtud del cual los futuros cónyuges regulan convencionalmente con anterioridad a haber contraído matrimonio aspectos relativos a sus relaciones personales durante el matrimonio, y a través del cual pueden incluso prever las consecuencias de una eventual ruptura en caso de separación, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio.

Debemos distinguir los acuerdos prematrimoniales de otras figuras con cierta similitud, que si bien introducen un cierto margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, no son totalmente equiparables. En primer lugar hay que marcar la distancia de los acuerdos que nos ocupan con el denominado convenio regulador. Éste último prevé también los efectos de una ruptura, pero la principal diferencia con los pactos prenupciales es que mientras el primero se formaliza una vez que ha surgido la crisis, los segundos se adoptan antes de contraer matrimonio, y por tanto cuando ni siquiera puede preverse el surgimiento de la misma. Ello no impide, como posteriormente veremos, que los acuerdos prematrimoniales puedan utilizarse como convenio regulador una vez tiene lugar la ruptura si así lo han previsto las partes. Otra diferencia entre ambas figuras es que el convenio regulador debe contar con aprobación judicial para desplegar sus efectos, mientras que los acuerdos que nos ocupan tienen normalmente carácter privado y no requieren de la citada aprobación. En realidad podría llegar a admitirse que los pactos objeto de nuestro estudio son

equiparables a un convenio regulador que no ha sido homologado por el juez, con la única diferencia de que se éstos adoptan antes de que se produzca la eventual crisis. En ambos casos nos encontramos ante acuerdos privados celebrados por los cónyuges en previsión de los efectos de una ruptura, con la única diferencia del momento del otorgamiento.

Las capitulaciones matrimoniales son otra figura de la que conviene distinguir los pactos prenupciales que nos ocupan. Las referidas capitulaciones se adoptan normalmente antes de contraer matrimonio, por lo que en ese aspecto guardan una cierta similitud (aunque en muchos casos también se pueden adoptar constante el matrimonio, por ejemplo para cambiar el régimen económico del mismo). No obstante, el contenido de éstas suele ser básicamente patrimonial, y además muy raramente se preverán en ellas los efectos de una eventual ruptura. Nada impide en cualquier caso que los acuerdos prematrimoniales se incluyan dentro de las capitulaciones matrimoniales, eso sí con las peculiaridades que posteriormente veremos en cuanto el acceso a los Registros públicos. La justificación a esta última afirmación la encontramos en el art. 1325 Cc.⁵¹, que permite que en las citadas capitulaciones se incluyan no sólo aspectos relativos al régimen económico, sino cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio⁵².

La estrecha relación que guardan los acuerdos prematrimoniales con las dos figuras anteriores permite, como veremos, hacer extensivas algunas de las disposiciones que nuestro Cc. prevé en regulación de éstas a los acuerdos que nos ocupan.

⁵¹ Art. 1325 Cc.: «En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo».

⁵² Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia*. 3^a Ed.: COLEX, 2011. p. 212. «Los cónyuges pueden incluir en sus capitulaciones... cualesquiera otros acuerdos o pactos que estimen conveniente, incluso de contenido no necesariamente matrimonial; pactos o acuerdos que, por tanto, podrían contenerse en otro instrumento jurídico diferente».

II. 3 Marco legal y evolución en España

Como vengo señalando desde las primeras páginas, en la reciente evolución del Derecho de Familia en España se tiende cada vez más a ampliar el margen de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y prueba de ello son algunas de las disposiciones legales aprobadas en las últimas décadas ⁵³. Por citar algunos ejemplos, la *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*, eliminó las limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer casada; o la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, que reconoció la libertad de los cónyuges para celebrar entre sí toda clase de actos y contratos; o la *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, que introdujo el denominado convenio regulador, que permite a los cónyuges acordar los efectos de su ruptura; o la reciente *Ley 15/2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, que como sabemos ha ampliado el ámbito de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para decidir unilateralmente poner fin a su matrimonio. Prueba de ello es sin duda lo expuesto en la Exposición de motivos de la citada ley de 2005 ⁵⁴, que reconoce expresamente la libertad como uno de los valores superiores que debe regir el matrimonio y amplía la libertad de los cónyuges en muchos de los aspectos relativos a su matrimonio.

Los instrumentos previstos en nuestro Derecho para dar entrada a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la materia que nos ocupa son

⁵³ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p.1043.

⁵⁴ Cfr. Exposición de motivos de la Ley 15/2005. Noveno párrafo: «*La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio*».

principalmente tres⁵⁵: las capitulaciones matrimoniales, el convenio regulador en el que los cónyuges determinan los efectos de su ruptura, y los pactos privados de la separación de hecho. Por tanto, y como en seguida tendremos oportunidad de observar, este creciente reconocimiento de la autonomía de la voluntad en nuestro Derecho de Familia al que me vengo refiriendo no se ha materializado en la adopción de norma alguna que regule la posibilidad de los futuros cónyuges para regular de antemano los efectos de una eventual ruptura antes incluso de la celebración del matrimonio. Así ocurre en nuestro Derecho común y en la mayor parte de legislaciones autonómicas, pues a excepción del Derecho catalán, son muy pocas las previsiones legales que las CCAA han hecho al respecto.

II. 3. 1 Derecho común: ausencia de regulación específica y aplicación de las reglas generales de contratación

Comenzaré refiriéndome al Derecho común, en el que pese al vacío legal existente en esta materia, tanto la jurisprudencia como la doctrina vienen admitiendo la validez de los acuerdos que nos ocupan⁵⁶. Esta ausencia de un régimen jurídico específico nos obliga a aplicar las reglas generales sobre los contratos para determinar las condiciones de validez, eficacia y exigibilidad de los pactos prenupciales, así como para determinar los límites a los que quedan sujetos⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.043.

⁵⁶ Cfr. MARTÍNEZ Novo, Susana, *Claves para la validez y eficacia de los contratos y acuerdos prematrimoniales...*, cit., p. 36 y 37. En opinión de Martínez Novo, la fundamentación utilizada tanto por la doctrina como por buena parte de la jurisprudencia para admitir la validez de los pactos prematrimoniales aun en ausencia de un régimen jurídico que los ampare se encuentra fundamentalmente en lo previsto en los arts. 3 y 4 de nuestro Cc. El primero de los preceptos indicados señala que «*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*»; por su parte, el art. 4 Cc. señala que «*Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre las que se aprecia identidad de razón*».

⁵⁷ Cfr. El Tribunal Supremo viene aplicando las reglas generales de los contratos a los acuerdos privados entre las partes previendo los efectos de una eventual ruptura. Véanse a modo de ejemplo las

Son varios los preceptos de nuestro Cc. que sirven de marco legal a la adopción de este tipo de acuerdos y amparan la validez de los mismos. Comenzaré refiriéndome al art. 1255⁵⁸ del citado texto, que faculta a las partes en un contrato a acordar cuales quieran estipulaciones, siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público. Con ello se está facultando a las partes (en este caso a los futuros cónyuges) a contratar sobre aquellos aspectos que deseen, eso sí precisando los límites a los que quedan sujetos los citados acuerdos. Estas limitaciones están previstas también en el art. 1328 Cc., que aunque se recoge en sede de capitulaciones matrimoniales puede tomarse en consideración en la materia objeto de nuestro estudio, puesto que tratándose ambos de acuerdos entre los futuros cónyuges (en el caso de las capitulaciones también entre cónyuges), cabe entender que quedan sometidos a las mismas limitaciones. El citado precepto considera nula "*cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge*". Por tanto, los límites a la autonomía de la voluntad serán uno de los principales aspectos a tener en cuenta a la hora de abordar este materia, y los pactos adoptados entre los futuros cónyuges carecerán de validez en la medida en que hayan sobrepasado los citados límites. Pero ahora no me detendré en el análisis de estas limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes, ya que a ello dedicaré un apartado del presente trabajo.

siguientes Sentencias: STS de 22 de abril de 1997 (EDJ 1997/2156), STS de 19 de diciembre de 1997 (EDJ 1997/8995), STS de 21 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/30785), STS de 15 de febrero de 2002 (EDJ 2002/1681), STS de 17 de octubre de 2007 (EDJ 2007/188941), STS de 7 de marzo de 1995 (EDJ 1995/586), STS de 27 de enero de 1998 (EDJ 1998/16), STS de 23 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/27966),STS de 14 de mayo de 2001 (EDJ 2001/6573). También las Audiencias Provinciales se han pronunciado en estos términos: SAP de Barcelona de 8 de enero de 1998 (AC/1998/176), SAP de Barcelona de 17 de marzo del 2000 (EDJ 2000/18788), SAP de Murcia de 9 de mayo del 2000 (EDJ 2000/113394), SAP de Madrid de 27 de febrero de 2002 (EDJ 2007/52806), SAP de Barcelona de 1 de abril de 1997 (AC/1997/969), SAP de Málaga de 20 de mayo de 2002 (EDJ 2002/45232), SAP de Barcelona de 11 de mayo de 2006 (JUR/271650), SAP de Almería de 17 de febrero de 2003 (EDJ 2003/9804).

⁵⁸ art. 1255 Cc.: «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*».

El art. 1323 Cc.⁵⁹ (también previsto en sede capitulaciones matrimoniales, pero que nuevamente cabría extrapolarse a los acuerdos que nos ocupan) es otro precepto que ampara la validez de los acuerdos privados celebrados por los futuros cónyuges, reconociéndoles amplia facultad para celebrar entre sí toda clase de pactos y contratos, y consagrando con ello el amplio margen de la autonomía de la voluntad que poco a poco se va dejando a las partes dentro de nuestro Derecho de Familia.

Otro de las normas que conviene traer a colación es la prevista en el art. 1325 Cc.⁶⁰, que al referirse a las capitulaciones matrimoniales admite no solo la adopción de pactos relativos a aspectos económicos del matrimonio, sino también otras disposiciones por razón del mismo. Con ello está admitiendo implícitamente la posibilidad de que los futuros cónyuges acuerden aspectos no sólo relativos a su régimen económico, sino, y como señala el precepto «....cualesquiera otras disposiciones... ». Pues bien, sí en sede de capitulaciones matrimoniales se da un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges para pactar sobre todo aquello que interesen, no hay razón alguna para negar que esta posibilidad pueda hacerse extensiva a los acuerdos a los que nos estamos refiriendo.

También debe considerarse el art. 1091 Cc.⁶¹, que como es bien sabido establece que las partes que suscriben un contrato quedan vinculados por éste como si de una ley se tratase. Ello es consecuencia, como pone de manifiesto Pinto Andrade⁶², de que en nuestro Derecho civil rige el principio "*pacta sunt servanda*", que obliga a las partes a atenerse a lo pactado. En este mismo sentido

⁵⁹ art. 1323 Cc.: «*Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*».

⁶⁰ art. 1325 Cc.: «*En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*».

⁶¹ art. 1091 Cc.: «*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos*».

⁶² PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales...*, cit.,

debe mencionarse también el art. 1.278 Cc.⁶³, que insiste en la idea de la obligatoriedad de los contratos para las partes firmantes, incluyendo eso sí un pequeño matiz, y es que para que sea así deben los acuerdos deben reunir las condiciones de validez (previstas en el art. 1261 Cc.) y no incurrir obviamente en los vicios del consentimiento (previstos en el art. 1300 Cc.), ya que si éste se presta bajo error, dolo violencia o intimidación el acuerdo será anulable. Esta cuestión será abordada con mayor detenimiento en el apartado correspondiente.

A mi juicio, y para concluir esta parte dedicada al marco jurídico al que quedan sujetos estos acuerdos dentro de nuestro Derecho común, he de decir que el hecho de que no exista disposición legal alguna que regule expresamente la figura de los pactos prenupciales no impide que éstos puedan ser perfectamente válidos y eficaces, pues tratándose en cualquier caso de contratos, éstas son cuestiones que deberán determinarse atendiendo a las normas que con carácter general establece nuestro Código Civil en sede de contratos. Ahora bien, todo ello sin perjuicio, y como señala con acierto García Rubio⁶⁴, de que al existir una especial relación de confianza entre las partes puedan exigir otras cautelas. Igualmente, la peculiar naturaleza de alguno de los contenidos de estos acuerdos requerirá un especial cuidado al determinar su validez y eficacia por los Tribunales.

II. 3. 2 Derechos autonómicos

Como vengo señalando, la ausencia de regulación específica de los acuerdos prematrimoniales dentro de nuestro ordenamiento jurídico no es una característica exclusiva del Derecho común, sino que es una constante también

⁶³ art. 1278 Cc.: «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez».

⁶⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Acuerdos prematrimoniales: De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia*. En: Ponència a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa. Segona Ponència: Les relacions econòmiques en la crisi familiar. <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/mpgr.htm>, p. 2 (fecha última consulta: 13/06/2013).

en la legislación autonómica. Son escasas las CCAA que han establecido un marco específico para esta clase de pactos, y a excepción de Cataluña, sólo encontramos breves referencias que con matices pueden extrapolarse a estos acuerdos. Dentro del Derecho catalán es sin duda donde encontramos el mayor avance en la dotación de un marco jurídico a los pactos prenupciales, y por ello comenzaré refiriéndome a él.

La hoy derogada *Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña*, es la primera disposición que prevé expresamente la posibilidad de que los cónyuges celebren válidamente acuerdos previendo los efectos de una eventual ruptura del matrimonio⁶⁵. El artículo 15 del citado cuerpo legal recogía dicha posibilidad de forma literal, al señalar que «*en los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial*». Como pone de manifiesto Gaspar Lera⁶⁶, coincidiendo con la aprobación de la citada Ley tuvo lugar un aumento exponencial del número de capitulaciones matrimoniales en Cataluña. Así mismo, y debido a que las capitulaciones son también el instrumento que prevé la regulación catalana actual para adoptar estos acuerdos, el número de capitulaciones matrimoniales en Cataluña es muy superior en proporción al resto de España. Ello muestra sin duda que la posibilidad de que los cónyuges puedan adoptar pactos relativos no sólo al régimen económico, sino también a otros aspectos e incluso regulando los efectos de una eventual ruptura, es una importante demanda social que a mi juicio debe ser atendida por el legislador. A esta necesidad de regulación a nivel nacional me referiré posteriormente con mayor detenimiento.

Actualmente la regulación del Derecho catalán acerca de los acuerdos matrimoniales en previsión de una eventual ruptura se encuentra en la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña*, y más en

⁶⁵ Cfr. GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.045.

⁶⁶ *Ibidem*, p.1046.

concreto los pactos prematrimoniales están previstos expresamente en su artículo 231-20⁶⁷, que como señala Anguita Villanueva⁶⁸ recoge «...de manera extraordinariamente similar, incluso con el mismo plazo condicionante de los mismos, lo dispuesto en el parágrafo 7.05 de los PFD del *American Law Institute*». Del tenor literal del citado precepto debemos extraer algunas ideas fundamentales. En primer lugar se admite expresamente la posibilidad de adoptar acuerdos prematrimoniales en este sentido, si bien sólo gozarán de plena validez cuando se hayan formalizado antes de los treinta días anteriores a la celebración del matrimonio. Otro de los aspectos que conviene destacar de esta regulación, es que complementa y supera lo previsto por la Ley 8/1998 a la que antes me refería, ya que no sólo admite la adopción de este tipo de acuerdos por los futuros cónyuges, sino que además establece las condiciones que deben reunir para gozar de validez y eficacia. Por último, creo que también tiene especial relevancia la referencia al deber de información entre los otorgantes en los aspectos relativos al patrimonio, ingresos y expectativas económicas de ambas partes, así como a que el propio notario les informe por separado sobre las consecuencias de los acuerdos que adopten.

Esta voluntad del legislador catalán de conceder amplia libertad a los cónyuges para celebrar acuerdos privados se pone de manifiesto igualmente en

⁶⁷ El artículo 231-20 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña* versa como sigue: «1). Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenupciales, sólo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio. 2). El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4. 3). Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia. 4). El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto. 5). Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si éste acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron».

⁶⁸ ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española...*, cit., p. 11

el art 111-6 de la *Ley 29/2002, de 30 de diciembre, del libro primero del Código Civil de Cataluña*⁶⁹. Dicho precepto ampara la posibilidad de que los cónyuges celebren entre sí pactos privados, excluyendo, o incluso en contra de lo previsto en las leyes civiles catalanas (obviamente será así siempre que éstas no sean imperativas).

Respecto a la exigibilidad de los acuerdos sobre los efectos de una eventual ruptura, en el Derecho catalán podrán hacerse valer los pactos adoptados por las partes incluso en aquellos casos en que el procedimiento de ruptura matrimonial no sea consensual, acumulándose a la correspondiente demanda de separación o divorcio⁷⁰. Así lo prevé expresamente el art. 233-5.1 de la Ley 25/2010 a la que me vengo refiriendo⁷¹, que incluye también los supuestos de nulidad, a los que me referiré en su momento. Del tenor literal del citado precepto se deduce igualmente que, como no podía ser de otra manera tratándose de contratos, los acuerdos alcanzados tienen carácter vinculante para las partes contratantes.

En cuanto al contenido que pueden presentar los acuerdos prematrimoniales en el Derecho catalán, éste puede ser diverso, y ni mucho menos está tasado por la Ley. No obstante, la ley 25/2010 sí contempla algunos posibles contenidos de estos acuerdos, en aras sobre todo a establecer los límites a los que queda sujeta la autonomía de la voluntad de los futuros cónyuges en las diferentes materias que pueden ser objeto de pacto. Por citar algunos

⁶⁹ Art 111-6 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, del libro primero del Código Civil de Cataluña: «*Las disposiciones del presente Código y de las demás leyes civiles catalanas pueden ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contrario, a menos que establezcan expresamente su imperatividad o que ésta se deduzca necesariamente de su contenido. La exclusión, la renuncia o el pacto no son oponibles a terceros si pueden resultar perjudicados por ellos».*

⁷⁰ Cfr. GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.056.

⁷¹ El artículo 233-5.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña contiene el siguiente tenor: «*Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede».*

ejemplos, el art. 233-21.3 del citado texto⁷² recoge la posibilidad de adoptar acuerdos relativos al uso del domicilio conyugal tras una ruptura matrimonial, precisando eso sí los límites a los que quedan sujetas las partes. Entre esos límites encontramos obviamente el interés de los hijos, por ser éste uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, y que debe presidir las decisiones adoptadas en el Derecho de familia.

Otro de los contenidos recogidos por la normativa catalana es el relativo a la renuncia a la pensión por el trabajo para la casa, posibilidad prevista expresamente en el art. 232-7 de la citada Ley 25/2010⁷³. Igualmente, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 233-16.1⁷⁴ cabe renuncia a la pensión compensatoria o pactar sobre la modalidad, cuantía, duración o extinción de la misma, por tratarse como en el caso anterior de una materia dispositiva.

En cuanto a la eficacia de los pactos prematrimoniales, la legislación catalana recoge expresamente aquellos supuestos en los que los acuerdos adoptados carecerán de eficacia y por tanto no desplegarán sus efectos. Esta cuestión está prevista en el art. 231-20.5 de la Ley 25/2010, precepto al que ya me he referido en las líneas precedentes. Cualquier modificación sustancial de las circunstancias acaecida desde que se suscribe el pacto hasta que se exige su ejecución podrá dejar sin efecto el acuerdo prematrimonial en cuestión. Igualmente se prevén supuestos específicos en los que los acuerdos adoptados carecerán de eficacia. Así el art. 233-16.2 de la señalada norma⁷⁵, al referirse a

⁷² Art. 231-20.5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio: «En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometen las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso».

⁷³ Art. 232-7 de la Ley 25/2010, de 29 de julio: «En previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte, puede pactarse el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón del trabajo de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-20».

⁷⁴ El art. 233-16.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio señala que «En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria, de acuerdo con el artículo 231-20».

la posibilidad de renunciar mediante pacto a la pensión compensatoria, sostiene que «*los pactos de renuncia no incorporados a una propuesta de convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender las necesidades básicas del cónyuge acreedor*». En términos semejantes se pronuncia en su art. 233-21.3, que señala que «...*No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se ha incorporado a un convenio regulador, los que comprometen las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso*».

Respecto a la forma que deben adoptar de acuerdo al Derecho catalán los pactos prematrimoniales en previsión de una eventual ruptura, el art. 231-20.1 de la ley 25/2010 establece preceptivamente su formalización en documento público⁷⁶.

En lo que al Derecho aragonés respecta, no encontramos ninguna mención específica a este tipo de acuerdos. No obstante debemos tener en cuenta que en Aragón rige el principio "*Standum est chartae*"⁷⁷, que si lo unimos a lo previsto en algunas normas del Derecho aragonés, sin duda ampara la validez de este tipo de acuerdos⁷⁸. Así por ejemplo, el art. 195 del Código Foral de Aragón faculta a los cónyuges adoptar en capítulos matrimoniales «...*cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, sin más límites que los del principio standum est chartae*». Nuevamente se trata de un precepto previsto en sede de capitulaciones matrimoniales, aunque como ya he señalado anteriormente cabría hacerlo extensivo a los pactos prenupciales, ya que en

⁷⁶ Art. 231-20.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio:«*Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en escritura pública*».

⁷⁷ Al respecto del principio "*Standum est chartae*", el art. 3 del Código Foral de Aragón señala que «*Se estará en juicio y fuera de él a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés*».

⁷⁸ A ello se refiere también Cristóbal Pinto Andrade(*La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura...*, cit., p.3), aunque debido a la fecha de su obra aludiendo a la ya derogada Ley aragonesa de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

ambos casos el objeto es el reconocimiento de los acuerdos de las partes basados en el principio de la autonomía de la voluntad.

Este es el caso también del Derecho Navarro, en el que rige el principio "*paramiento fuero vienze*" o "*paramiento ley vienze*"⁷⁹, de acuerdo al cual la voluntad de los particulares prima sobre el resto de normas, siempre que no sobrepase los límites previstos. Así mismo conviene referirse a la Ley 76 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que permite a los cónyuges celebrar entre sí «...*toda clase de estipulaciones, contratos y donaciones*». Aun cuando se refiere únicamente a los cónyuges, nada parece impedir que las citadas estipulaciones se adopten con anterioridad al matrimonio.

Similar a los anteriores es el caso en el Derecho civil valenciano, en el que también se concede un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, ya que el art. 25 de la Ley 10/2007 de Régimen económico matrimonial valenciano⁸⁰ faculta a éstos a adoptar en capítulos matrimoniales acuerdos no solo relativos al régimen económico, sino regulando también sus relaciones personales (una vez más debemos hacer una interpretación analógica para hacerlo extensivo a los acuerdos objeto de nuestro estudio). Además señala expresamente que podrán adoptarse pactos con eficacia una vez disuelto el matrimonio, algo que claramente ampara los acuerdos prematrimoniales previendo los efectos de una eventual ruptura del matrimonio. Esta libertad que concede el Derecho valenciano a los cónyuges se pone de manifiesto

⁷⁹ El principio "*paramiento fuero vienze*" o "*paramiento ley vienze*" está previsto en la Ley 7 de Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que señala que «*conforme al principio «paramiento fuero vienze» o «paramiento ley vienze», la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad»*.

⁸⁰ Art. 25 de la Ley 10/2007 de Régimen económico matrimonial valenciano: «*En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya que para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta Ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio*».

igualmente con lo dispuesto en el art. 3 de la citada Ley 10/2007⁸¹, que sitúa la libertad civil de los cónyuges como uno de los principios fundamentales del Derecho de Familia valenciano.

Otro ejemplo que merece la pena traer a colación lo encontramos en el Derecho gallego, y más en concreto en la previsión que realiza el art. 172 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (modificada por la Ley 10/2007, de 28 de junio)⁸². En el señalado precepto se faculta a los cónyuges a pactar en Capitulaciones Matrimoniales la liquidación total o parcial de la Sociedad de Gananciales, así como las bases para realizarla, reconociendo plena eficacia a lo pactado una vez disuelta la sociedad. Nada impide bajo mi óptica que los mencionados acuerdos sean adoptados por los futuros cónyuges fuera de las capitulaciones. Igualmente, en el Derecho gallego se prevé la posibilidad de que los cónyuges puedan celebrar válidamente acuerdos renunciando a los derechos hereditarios que pudieran corresponderles, ya se trate de legítimas o de derechos similares⁸³. No obstante no voy a entrar en materia de Derecho sucesorio, ya que requeriría extenderme demasiado y nos apartaríamos de la materia que nos ocupa.

En el resto de CCAA son muy escasas las disposiciones normativas que puedan servir de marco jurídico a esta clase de acuerdos, por lo que al igual que ocurre en el Derecho común debemos remitirnos a las normas generales sobre los contratos.

⁸¹ Art. 3 de la Ley 10/2007 de Régimen económico matrimonial valenciano: «*El régimen económico matrimonial valenciano tiene como fundamento la plena igualdad jurídica de los cónyuges y se define por la más absoluta libertad civil entre los mismo, sin perjuicio de la necesaria protección social, económica y jurídica de la familia...*».

⁸² art. 172 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia: «*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*».

⁸³ Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Acuerdos prematrimoniales: De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia...*, cit., p.3.

II. 3. 3 Posición de nuestro Tribunal Supremo sobre la autonomía de la voluntad de los cónyuges y la posibilidad de que éstos celebren válidamente acuerdos privados previendo los efectos de una eventual ruptura.

Pese a que no existen en nuestra jurisprudencia pronunciamientos acerca de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, sí encontramos numerosas referencias a la autonomía de la voluntad de los cónyuges y a la posibilidad de que éstos celebren válidamente acuerdos privados, aunque en muchas ocasiones el soporte utilizado suelen ser bien capitulaciones o bien un convenio regulador no ratificado judicialmente.

Me referiré en primer lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997 (EDJ 1997/2156), en la que resuelve acerca la validez y eficacia de un convenio regulador privado que no ha sido homologado judicialmente, y en el que el esposo adjudicaba determinados bienes a su esposa⁸⁴. Pues bien, el TS sienta la siguiente doctrina: «El 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 lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico»⁸⁵. Por tanto, el Tribunal reconoce validez a los acuerdos privados celebrados entre los cónyuges, cuya admisibilidad en nuestro Derecho queda amparada en el principio de autonomía de la voluntad.

⁸⁴ A través del citado acuerdo D. Arturo adjudicó a su esposa Dña María Teresa la mitad indivisa que le correspondía a éste de la propiedad de una vivienda, un cuarto trastero y dos plazas de garaje, así como un automóvil.

⁸⁵ Igualmente, en su Fundamento de Derecho cuarto continúa diciendo que «...en virtud de lo dispuesto en el art. 1256 Cc. las partes deben cumplir el negocio jurídico, concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 y está reconocido en las sentencias de esta Sala de 25 de junio de 1987 y de 26 de enero de 1993. ...Cuyo acuerdo, de naturaleza patrimonial, tiene una interpretación clara, que no deja duda sobre la intención de las partes y debe estarse a su tenor literal...»

En términos semejantes se pronuncia en su Sentencia de 19 de diciembre de 1997 (EDJ 1997/8995), en la que nuevamente se dilucida la validez de una acuerdo privado por el que el marido adjudica determinados bienes a su esposa, con la diferencia de que en este caso el soporte utilizado es un proyecto de capitulaciones matrimoniales no aprobado judicialmente⁸⁶. Una vez más el TS se pronuncia a favor de la admisibilidad de los acuerdos privados celebrados entre los cónyuges y el carácter vinculante de los mismos.

Otro pronunciamiento relevante en la materia objeto de nuestro estudio lo encontramos en la STS de 21 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/30785). En este caso el TS se pronuncia acerca de la validez de un convenio regulador no aprobado judicialmente por el que el marido se obliga a abonar una cantidad a su esposa en concepto de pensión de alimentos. Nuevamente el Tribunal admite como válido el pacto adoptado bajo el argumento de que se trata de un acuerdo en el que concurren todos los requisitos exigidos con carácter general para los contratos, y que la falta de aprobación judicial no lo invalida como negocio jurídico privado⁸⁷. Además introduce un aspecto al que no se referían las resoluciones anteriores, y es que los acuerdos celebrados no deben perjudicar a terceros, por constituir este perjuicio a terceros, como hemos visto, uno de los límites a la eficacia de los pactos que nos ocupan.

Semejante al anterior es el supuesto que nos ocupará ahora, en el que otra vez se dilucida la validez de un convenio regulador no aprobado

⁸⁶ En dicho acuerdo, celebrado meses antes de que se otorgara escritura pública de capitulaciones matrimoniales, las partes establecieron su separación de hecho y pactaron un proyecto de capitulaciones matrimoniales en el que se atribuían entre ellos la propiedad de los diferentes bienes de los que disponían.

⁸⁷ El Fundamento de Derecho segundo de la citada resolución señala que «... los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el art. 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código un requisito o "conditio iuris" de eficacia del convenio regulador, no de su validez... Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes,... tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez,...y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el art. 1255 del Código Civil»

judicialmente por el que el marido se obliga a abonar una cantidad periódica a su esposa en concepto de pensión de alimentos⁸⁸. En este caso el TS, en su Sentencia de 15 de febrero de 2002 (EDJ 2002/1681), insiste en la idea dar plena validez y eficacia a los pactos privados celebrados entre los cónyuges⁸⁹ siempre que el objeto de los mismos se refiera a materias de libre disposición, al señalar que son fruto del libre ejercicio de la autonomía privada de las partes.

La última Sentencia del TS a la que voy a hacer referencia es la dictada en fecha 17 de octubre de 2007 (EDJ 2007/188941). En este caso se celebraron entre los cónyuges tres contratos simultáneos: capítulos matrimoniales por los que se disuelve y liquida el régimen económico, convenio regulador por el que la esposa se compromete a abandonar la vivienda conyugal propiedad del marido, y un documento privado por el que éste asume la obligación de abonar una determinada cantidad a su esposa. Precisamente se discute la validez de este último acuerdo, concluyendo al respecto el Tribunal una vez más qué el pacto adoptado es válido y eficaz por tratarse de un negocio jurídico en el que concurren todos los requisitos y no incurrir en ninguna causa de invalidez.

Además de las citadas Sentencias, encontramos muchas otras en las que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la autonomía de la voluntad de los cónyuges y la validez de los acuerdos privados celebrados por éstos⁹⁰, pero he

⁸⁸ En el documento privado celebrado por los cónyuges se estipuló que D. Carmelo abonaría a su esposa D^a Joan, en concepto de contribución a las cargas y alimentos, la cantidad mensual de doscientas cincuenta mil pesetas cuya cantidad se revisará anualmente.

⁸⁹ En el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia de 15 de febrero de 2002 el TS manifiesta que «... en ejercicio de su autonomía privada, pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición... Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de Derecho de familia, tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general. ... Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocidas por la Jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 26 de enero de 1993, de 7 de marzo de 7 de marzo de 1995, de 22 de abril y 19 de diciembre de 1997, y de 27 de enero y 21 de diciembre de 1998) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGRN de 31 de marzo y 10 de noviembre de 1995 y de 1 de septiembre de 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante Inter-partes a la aprobación y homologación judicial».

⁹⁰ Véase a modo de ejemplo STS de 7 de marzo de 1995 (EDJ 1995/586), STS de 27 de enero de 1998 (EDJ 1998/16), STS de 23 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/27966),STS de 14 de mayo de 2001 (EDJ 2001/6573).

optado por éstas porque considero que son las más significativas. Como señalaba al comenzar este apartado, las referidas Sentencias no se pronuncian expresamente sobre la posibilidad de que los acuerdos que nos ocupan sean adoptados con anterioridad a la celebración del matrimonio, pero teniendo en cuenta que la única diferencia es el momento de su adopción, y que incluso las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes o después del matrimonio, considero que lo manifestado al respecto por nuestro TS puede extrapolarse sin ningún problema a los acuerdos objeto de este trabajo.

CAPÍTULO III: CLASES DE PACTOS PRENUPCIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA Y SU ADMISIBILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Como en seguida tendremos la oportunidad de comprobar, el contenido de los pactos o acuerdos prematrimoniales puede ser muy diverso. En este caso, me referiré únicamente a aquellos que se adoptan previendo una eventual ruptura, y en concreto a los que bajo mi punto de vista presentan una mayor relevancia, bien por su habitualidad en la práctica o bien por las controversias a las que han dado lugar en cuanto a su validez y eficacia. A tal efecto clasificaré los diferentes pactos a los que pueden llegar los futuros cónyuges en función de las materias que prevén, atendiendo a si se trata de acuerdos relativos a la ruptura en sí o sí regulan los efectos de la misma.

El objeto de este estudio será el análisis de los diferentes acuerdos que pueden adoptar los futuros cónyuges en previsión de una eventual ruptura, así como su validez y admisibilidad en Derecho español. En primer lugar me referiré a los acuerdos relativos al establecimiento de causas específicas de separación y divorcio. Continuaré analizando los pactos en los que se establecen indemnizaciones por ruptura del matrimonio, a cargo del cónyuge que insta la separación o el divorcio. Igualmente serán objeto de estudio los acuerdos por los que los cónyuges anticipan convencionalmente las consecuencias de una eventual ruptura. En este apartado es donde me detendré en mayor medida, ya que como veremos son numerosos los pactos que pueden adoptarse en previsión de los efectos de una ruptura por separación o divorcio.

Por último, haré una breve referencia a la posibilidad de adoptar acuerdos previendo los efectos de una eventual declaración de nulidad del matrimonio.

III. 1 Sobre la eventual ruptura por separación o divorcio

III. 1. 1 Acuerdos relativos a las causas de separación y divorcio

Como ya se ha señalado en varias ocasiones a lo largo de estas páginas, la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, supuso la eliminación de la obligatoriedad de alegar causa alguna por parte del cónyuge que quieren instar judicialmente la separación o el divorcio. Actualmente basta con la voluntad unilateral de poner fin al matrimonio de una de las partes y que haya transcurrido un plazo de tres meses desde la celebración del mismo⁹¹. Esta nueva regulación ha supuesto un menoscabo de la institución del matrimonio, así como del grado de compromiso adquirido por los contrayentes⁹², sabedores de que en cualquier momento pueden instar la separación o el divorcio por el mero transcurso de tres meses desde que éste se celebró⁹³.

Pues bien, para paliar esta desnaturalización de la institución del matrimonio y tratar de dotarle de una mayor relevancia jurídica, cabe pensar en un acuerdo prematrimonial por el que los otorgantes establezcan restricciones a

⁹¹ Cfr. GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.052.

⁹² Cfr. PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Enfoque actual de la pensión compensatoria*. En: [http://www.elderecho.com/civil/Enfoque-actual-pension_compensatoria_11_310555003.html](http://www.elderecho.com/civil/Enfoque-actual-pension-compensatoria_11_310555003.html). (fecha última consulta: 19/05/2013). «No existe en el derecho de obligaciones ningún contrato en el que se permita, sin más requisito que la sola voluntad de una de las partes, poner fin a la relación obligacional, y además, sin que ello tenga ningún tipo de perjuicio económico para el contratante disidente».

⁹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Separación y disolución del matrimonio*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia...*, p. 162-163. «La reforma de 2005... no afecta únicamente a la disolución del matrimonio, sino a la propia consistencia del matrimonio civil, que con ella pierde buena parte de sus contenidos, y da un paso de gigante en su acercamiento a las uniones no matrimoniales»«Una consagración amplia del divorcio equivale, pues, a consagrar la inestabilidad institucional del matrimonio».

la facultad de instar unilateralmente y sin alegar causa alguna la disolución del vínculo. Es decir, que éstos adoptaran un pacto con anterioridad a la celebración del matrimonio por el que se exigiera antes de interponer la demanda de divorcio un plazo previo de separación de hecho, o bien que concurriera alguna de las causas que ellos mismos establezcan.

En este marco se encuadrarían los acuerdos celebrados por los futuros cónyuges en los que se establezca que la facultad de instar la separación o el divorcio quede supeditada a la concurrencia de determinadas causas o condiciones. Las razones que pueden llevar a los contrayentes a adoptar un acuerdo con este contenido pueden ser muy variadas ⁹⁴: sentimentales, religiosas, sociales, económicas, etc.

Como señala Gaspar Lera ⁹⁵, las referidas causas bien podrían ser bien las previstas en los arts. 82 ⁹⁶ y 86 ⁹⁷ del Cc. en su redacción anterior a la

⁹⁴ Cf. ZARRALQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal*. En: Economist & Jurist, núm. 118 (Marzo de 2008). p. 19 «...en España, ahora que la legalidad vigente ha hecho desaparecer la necesidad de causa para ello, hay parejas que pueden desear, por razones sentimentales, religiosas, sociales o económicas, limitar o condicionar estas posibilidades. Por ejemplo, pueden pretender que exista un plazo de ruptura previa de la convivencia o que sólo pueda ser factible la separación o el divorcio cuando su esposo haya incurrido en determinadas conductas».

⁹⁵ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.052.

⁹⁶ El art. 82 del Cc. en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 15/2005 disponía que «*Son causas de separación: 1). El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue. 2). Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar. 3).La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años. 4). El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia. 5).El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriése fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento. 6). El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años. 7). Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3, 4 y 5 del artículo 86».*

⁹⁷ El derogado art. 86 Cc. señalaba lo siguiente: «*Son causas de divorcio: 1). El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de*

modificación introducida por la Ley 15/2005, o bien otras que los cónyuges convinieran.

En cuanto a la admisión por nuestro Derecho de un pacto prematrimonial con este contenido la doctrina es contradictoria. Para Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga estos acuerdos son válidos, ya que entiende que no contrarían la Ley, la moral ni el orden público; y no tienen efectos frente a terceros⁹⁸. Aun cuando reconoce que es dudoso que en la práctica los Tribunales admitan este tipo de acuerdos, bajo su óptica no hay razón alguna para negar su validez. Otros autores, como ocurre en el caso de Gaspar Lera⁹⁹, consideran que no cabría admitir la validez de un acuerdo prematrimonial con este contenido, ya que «...supondría configurar convencionalmente un sistema propio de causas de separación y/o divorcio para el matrimonio proyectado,

separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. 2). El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado la reconvenCIÓN conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia. 3). El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos. b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba en causa de separación. 4). El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges. 5). La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código».

⁹⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez...*, cit., p. 19 «La limitación del derecho a la separación o al divorcio por acuerdo de las partes en el matrimonio no es contraria a la Ley, porque no existe norma especial que así lo determine; la moral tradicional está más bien a favor de esta limitación que en contra; y no tiene efectos sobre terceros porque los integrantes del convenio son los interesados y otras personas afectadas, como los hijos, no sufren, en principio, consecuencias diferentes por el hecho de que la separación o el divorcio estén más o menos restringidos. Nos quedan el orden público y la posible indisponibilidad de la materia... Aunque la separación y el divorcio no estén incluidos entre los derechos fundamentales, podría considerarse contrario al orden público su denegación y, consiguientemente, nulo el pacto por el que se excluya la misma en una pareja conyugal determinada. Pero si nos referimos a las causas de separación y de divorcio, cuya determinación la Constitución deja libremente a las leyes posteriores, ni siquiera orgánicas, su restricción no parece infringir norma fundamental alguna».

⁹⁹ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.052; y GASPAR LERA, Silvia, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*. XXII Jornadas Ius Familiae. Facultad de Derecho . Universidad de Zaragoza: 2013.

modificando el legal existente, lo que no parece estar al alcance de la autonomía de la voluntad de las partes». En este mismo sentido se pronuncia Moreno Velasco ¹⁰⁰, que considera que admitir un acuerdo que mantuviera las causas de separación y divorcio tras la referida reforma de 2005 «...iría contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la propia Ley 15/2005, que como reflejo de dicho principio establece la libertad de ruptura sin causa».

Bajo mi punto de vista la adopción de un acuerdo prematrimonial en el que se establezcan restricciones a la facultad de los cónyuges para instar la separación o el divorcio es contrario al orden público y aun cuando no impidiese esta posibilidad y simplemente la limitase, contravendría claramente la normativa vigente, por lo que no cabe su admisibilidad en nuestro Derecho. Como pone de manifiesto Ginés Castellet ¹⁰¹ «será nulo un pacto tendente a fijar un elenco de causas para el divorcio, recortando la facultad de instarlo con la restricción a determinados supuestos,... Y ello es así porque afectan a materias de orden público y, por tanto, indisponibles por los particulares, con lo que queda excluido del campo de la autonomía de la voluntad cualquier convención sobre estos aspectos.... La Constitución española establece una reserva de ley para regular tanto el ingreso como la salida del *status matrimonial* (art. 32 CE). Del mismo modo que no se admitiría una fórmula convencional que alterase de algún modo (condicionando, ampliando, restringiendo, excluyendo) el acceso al matrimonio de cualquiera de los otorgantes, no cabe tampoco permitir que estos mismos particulares puedan alterar por pacto las condiciones legalmente establecidas para la extinción de una relación conyugal concreta»

Con todo ello no quiero decir que no me parezca conveniente que los futuros cónyuges puedan decidir de común acuerdo si desean que su matrimonio pueda disolverse con la simple voluntad unilateral de una de las partes, o bien que únicamente quepa instar la separación o el divorcio cuando

¹⁰⁰ MORENO VELASCO, Víctor, *El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación...*, cit., p. 7.

¹⁰¹ GINÉS CASTELLET, Núria, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial...*,cit.

concurran determinadas causas; sólo que considero que la adopción de un pacto prenupcial en este sentido no sería el instrumento adecuado. Una solución que me parece bastante razonable sería que el legislador estableciera junto al matrimonio soluble, otro sometido a causas tasadas de separación o divorcio, pudiendo los futuros cónyuges optar entre uno u otro, de manera semejante a como hemos visto que ocurre en algunos Estados Norteamericanos¹⁰² en el recorrido que hemos hecho por la legislación comparada.

III. 1. 2 Acuerdos sobre indemnización por ruptura del matrimonio

En este subapartado me referiré a aquellos acuerdos prematrimoniales que entre su contenido incluyen el deber de abonar una indemnización al otro cónyuge por parte de aquél que insta la separación o el divorcio. Se trataría por tanto de una especie de penalización a cargo del cónyuge que decide poner fin al matrimonio.

La admisibilidad de un acuerdo con este contenido en nuestro ordenamiento jurídico es una cuestión controvertida, y parece que jurisprudencia y doctrina no terminan de ponerse de acuerdo. Como ocurre en general en la materia que nos ocupa, los pronunciamientos de los Tribunales han sido muy escasos. No obstante sí encontramos en nuestra jurisprudencia menor una Sentencia que se ha pronunciado expresamente acerca de la admisibilidad de acuerdos en los que se prevea el pago de una indemnización por parte de aquel cónyuge que insta un proceso de separación o divorcio. Se trata de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 17 de febrero de 2003 (EDJ 2003/9804)¹⁰³, que aun cuando es anterior a la reforma de 2005 a la

¹⁰² Louisiana, Arkansas y Arizona. (GARCIMARTÍN MONTERO, Mª del Carmen, *Propuestas para una mejor regulación del matrimonio*. En: GARCÍA CANTERO, Gabriel, et al., *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?...*, cit. p. 50).

¹⁰³ El Tribunal resolvió acerca de la validez de un acuerdo adoptado por dos cónyuges, por el que el marido se vería obligado a pagar una indemnización a su esposa en caso de romper unilateralmente el matrimonio. Efectivamente, éste puso fin a la convivencia y la esposa reclamo la indemnización que de acuerdo a lo pactado le correspondería. Sin embargo la Audiencia Provincial de Almería desestimo la

que me vengo refiriendo a lo largo del trabajo, nos sirve perfectamente para el estudio de esta cuestión. En la citada resolución el Tribunal resuelve acerca de la validez de un acuerdo con el referido contenido ¹⁰⁴, el cual termina declarando nulo por dos razones principales: en primer lugar considera que en caso de que el cónyuge que desea poner fin al matrimonio no pudiera asumir la indemnización prevista, estaría viendo limitada su libertad para instar la separación o el divorcio; y el segundo argumento que esgrime el Tribunal es que aceptar este acuerdo vulneraría el principio de igualdad, tanto entre los propios cónyuges como entre éstos y el resto de la ciudadanía.

Pese a que como hemos visto, el único pronunciamiento relevante por parte de nuestros Tribunales acerca de la validez de un acuerdo con este contenido ha sido desfavorable al mismo, en la doctrina escuchamos varias voces que abogan por su admisibilidad. Gaspar Lera ¹⁰⁵ se opone al pronunciamiento de la Audiencia Provincia de Almería por considerar que el establecimiento de una pena convencional por la ruptura del matrimonio no comporta una limitación al ejercicio de las acciones de separación y divorcio. Así mismo, la citada autora entiende que el establecimiento de la referida indemnización no supone en sí mismo la vulneración del principio de igualdad entre los cónyuges, e incluso llega a admitir que «...si la situación económica de los consortes fuera diversa, el principio de igualdad no impide que la cuantía

petición de la mujer y ratificando lo ya expuesto por el juez de primera instancia declaró nulo el acuerdo con el siguiente argumento: «...la referida cláusula es nula por aplicación del art. 1328 del Cc., que considera así cualquier estipulación de limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. En efecto, de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho de separación matrimonial reconocido implícitamente en el art. 32 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de los derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito del matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial...».

¹⁰⁴ La cláusula que preveía el acuerdo en cuestión señalaba que «*en caso de cese de la convivencia conyugal durante el primer año, el señor..... asume la obligación de indemnizar a la señora..... en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de convivencia. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil, y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el art. 97 del citado texto legal*».

¹⁰⁵ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.054.

sea diferente para cada uno o que, incluso, sólo uno de ellos hubiera de asumir la obligación de abonar al otro por la ruptura del matrimonio».

En términos semejantes se pronuncia García Rubio ¹⁰⁶, quién discrepa también del pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Almería por considerar que los acuerdos que nos ocupan no contrarían el orden público constitucional y que por tanto habría que admitir su validez. La citada autora critica con cierta dureza la resolución dada al caso por el Tribunal, al que acusa de olvidar que la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión «...puede impedir el, este sí, derecho constitucional expreso a contraer matrimonio de quienes desean hacerlo pero con acuerdos prematrimoniales del tipo descrito ¹⁰⁷». Así mismo considera que no es acertada la tesis que sostiene la Audiencia de que una cláusula de este tipo limita el derecho a separarse o divorciarse al obligado al pago, y más en el caso del pronunciamiento que nos ocupa, en el que el esposo tendrá que pagar menos cuanto antes se divorcie, lo que en palabras de la citada autora «...mas que impedir, le induciría a la pronta separación ¹⁰⁸». Por último, tampoco se muestra conforme con la alusión del Tribunal al gran montante que puede alcanzar la indemnización, ya que en cualquier caso el contenido del acuerdo prematrimonial en cuestión será objeto de control judicial y olvida «la capacidad moderadora que el juez tiene en este tipo de cláusulas penales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil ¹⁰⁹» ¹¹⁰.

¹⁰⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1669. «No pensamos,...que los acuerdos en los que se pactan ciertas sanciones de índole económica si se produce el divorcio, a modo de cláusula penal, deban ser declarados sin más nulos por contrariar el orden público constitucional».

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 1670.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 1670.

¹⁰⁹ El art. 1154 Cc. dispone que «*el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*».

¹¹⁰ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1670-1671.

Aunque como hemos visto la doctrina mayoritaria es partidaria de considerar válidos los acuerdos prematrimoniales en los que se imponga el pago de una indemnización a ambos o a uno de los cónyuges por la ruptura del matrimonio, encontramos algún autor que se aparta de esta corriente y considera que los pactos prenupciales que cuenten con este contenido deben ser sancionados con la declaración de nulidad. En este sentido Pérez Hereza¹¹¹ señala que los acuerdos que vinculan la indemnización al solo hecho de la ruptura son contrarios a la moral, pues «...el ordenamiento jurídico establece derechos que nacen con ocasión de la crisis matrimonial cuyo fundamento es variable pero que en general se inspiran en la necesidad de reparar el perjuicio causado con la ruptura». De acuerdo a ello, y según el referido autor, admitir un pacto con este contenido supondría «...convertir al matrimonio en un mecanismo para prosperar económicamente». En mi caso discrepo de la opinión de este autor, ya que no me parece acertado rechazar la validez de estos acuerdos con base en que la propia legislación reconoce ya derechos que tienen por objeto reparar los perjuicios que hubiera causado la ruptura. Obviamente se está refiriendo a la compensación por desequilibrio económico, pero con ello parece olvidar que ésta y la indemnización por ruptura a la que aquí nos referimos tienen diferente naturaleza y por lo tanto no son equiparables. Mientras la primera está basada en el desequilibrio patrimonial que pueda producirse entre los cónyuges una vez disuelto el matrimonio, la segunda tiene carácter indemnizatorio, por lo que estamos hablando de dos figuras diferentes.

A mi modo de ver, un acuerdo prematrimonial con el contenido que nos ocupa puede ser perfectamente válido y admisible en nuestro Derecho, y quedaría amparado por la autonomía de la voluntad de los cónyuges siempre que reuniera los requisitos de validez que todo contrato requiere y no sobrepasara las limitaciones previstas en las normas civiles imperativas. Comparto la opinión de Gaspar Lera y García Rubio en cuanto a que la adopción de una cláusula que prevea una indemnización a cargo del cónyuge

¹¹¹ PÉREZ HEREZA, J., *La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales*. En: Anales de la Academia Matritense y del Notariado, tomo XLVIII, 2008, p. 589 - 590.

que ponga fin al matrimonio no impide ni limita la facultad de disolver el matrimonio instando la separación o el divorcio (siempre obviamente que la cantidad prevista no resulte desproporcionada). Coincido igualmente con la primera de las autoras citadas en que ello no supondría una vulneración del principio de igualdad entre los cónyuges, incluso cuando la cuantía de la indemnización sea distinta para cada uno de ellos, ya que si existe una importante diferencia patrimonial entre ambas partes lo justo es que las cantidades que tengan que afrontar sean también diferentes; o incluso cuando sólo a uno de los cónyuges se le imponga esta obligación, siempre que ello se justifique en algún dato objetivo, como por ejemplo que su condición económica sea mucho más favorable que la de su consorte.

III. 2 Sobre los efectos de la ruptura en caso de separación o divorcio

En el apartado que comienza analizaré los acuerdos prematrimoniales en cuyo contenido se prevén las consecuencias de una eventual ruptura del matrimonio por separación o divorcio. A tal efecto empezaré refiriéndome a la posibilidad de que los pactos o acuerdos prenupciales puedan ser utilizados directamente como convenio regulador en caso de ruptura matrimonial, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la normativa. Igualmente me detendré con cierta exhaustividad en las cuestiones relativas a la compensación por desequilibrio económico, una de las materias que más controversias ha generado en cuanto a su inclusión dentro de estos acuerdos. Al respecto, analizaremos tanto los supuestos en los que uno o ambos cónyuges acuerdan renunciar a la referida pensión, como aquellos casos en que convienen que ésta se fije aun cuando no concurran los requisitos previstos en nuestro Código civil para su establecimiento. Análogamente, será objeto de estudio la posible renuncia anticipada a la compensación por el trabajo para la casa. También me

referiré a la posibilidad de que se incluyan dentro de estos acuerdos previsiones relativas al uso de la vivienda familiar en caso de cese de la convivencia conyugal por ruptura del matrimonio. Otro supuesto que a mi juicio puede despertar cierta controversia es el relativo a los acuerdos que puedan adoptar los futuros cónyuges respecto a sus hijos para que desplieguen sus efectos una vez disuelto el matrimonio, una cuestión problemática en cuanto puede chocar con el principio de interés del menor, con la que cerraré este análisis de los pactos prenupciales en cuyo contenido se prevén los efectos de una eventual ruptura.

III. 2. 1 Pactos prenupciales con función de convenio regulador

Cabe la posibilidad de que los acuerdos prenupciales puedan utilizarse, una vez surgida la crisis, como convenio regulador, siempre que como es obvio cuenten con la preceptiva aprobación judicial que exige el art. 90 de nuestro Código civil. La única diferencia entre unos y otros será que, mientras el convenio regulador en sentido propio se suscribe una vez que se ha producido la crisis matrimonial, el acuerdo prematrimonial se formaliza con anterioridad a la celebración del matrimonio.

Aunque no cabe duda de que los pactos previos al matrimonio en los que los cónyuges determinen los efectos de una eventual ruptura no constituyen en sí mismos un convenio regulador¹¹², nada impide a mi juicio que tengan un tratamiento similar al de un convenio regulador que todavía no ha sido homologado por el juez, y que por tanto puedan desplegar los efectos propios de éste una vez que cuenten con la citada aprobación.

La doctrina tiende mayoritariamente a admitir la utilización de un acuerdo prematrimonial a modo de convenio regulador, ya que tratándose de

¹¹² Cfr. CASTILLA BAREA, Margarita, *Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio: VI. Breve referencia a otros pactos y acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial*. En: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (coord.), *Tratado de Derecho de Familia, Vol. II*. Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2011, 1^a Ed. p. 375.

un momento de armonía, permite a los cónyuges regular su ruptura de acuerdo a sus intereses y valores, que pueden no coincidir con los establecidos con carácter general por el legislador en las normas sobre los efectos comunes a la separación y el divorcio¹¹³. En este mismo sentido, Gaspar Lera¹¹⁴ se muestra partidaria de admitir la posibilidad de que los acuerdos prematrimoniales puedan funcionar como convenio regulador, ya que al fin y al cabo se trata de «...acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio (art. 90, párrafo segundo, Cc.)», y además su admisibilidad permite a éstos «...determinar preventivamente, al margen de las tensiones que caracterizan la crisis matrimonial, y con vistas a ésta, el contenido del convenio regulador...».

Bajo mi punto de vista nada impide que los pactos adoptados por los futuros cónyuges antes de la celebración del matrimonio puedan utilizarse posteriormente como convenio regulador ante una eventual crisis conyugal, e incluso coincido con los autores citados en que en la práctica esta posibilidad puede resultar hasta conveniente, ya que la buena relación entre las partes que caracteriza al tiempo previo a la celebración del matrimonio hace que éste pueda ser un momento óptimo para abordar estas cuestiones. Ahora bien, como es lógico, para que esta posibilidad pueda producirse es necesario que el acuerdo prematrimonial adoptado incluya en su contenido todos los aspectos exigidos en el art. 90 Cc.¹¹⁵, cuente con la necesaria homologación judicial, y no

¹¹³ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales...*, cit., p. 1-2.

¹¹⁴ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.056.

¹¹⁵ El art. 90 de nuestro Cc. prevé que el convenio regulador debe incluir como mínimo el siguiente contenido: «...a) *El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no vive habitualmente con ellos;* b) *Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos;* c) *La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar;* d) *La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso;* e) *La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio;* f) *La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges...*». En cuanto a la necesidad de aprobación judicial y los límites a que el convenio regulador queda sujeto señala que «...Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de

sobrepase los límites previstos en el citado precepto, debiendo el juez bajo mi óptica examinar con especial cuidado que los acuerdos adoptados respeten el interés de los hijos menores (si los hubiera). El único problema que a mi juicio puede plantearse es el alejamiento de las circunstancias concretas en que se produce la ruptura, que normalmente habrán cambiado en mayor o menor medida respecto a las tenidas en cuenta en el momento de la celebración del acuerdo. En cualquier caso si alguna de las partes alega y puede demostrar que ha tenido lugar una modificación sustancial y relevante de las circunstancias el acuerdo podrá quedar sin efectos, como veremos con mayor detalle cuando estudiemos las condiciones de eficacia y exigibilidad de los pactos prenupciales que nos ocupan.

En los escasos pronunciamientos de nuestros Tribunales acerca de esta cuestión, también éstos parecen mostrarse favorables a admitir que los acuerdos prematrimoniales puedan actuar como convenio regulador, dando a los primeros un trato casi idéntico al de los convenios reguladores no aprobados judicialmente. Así, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/27966) ha admitido que un acuerdo suscrito por ambos cónyuges previendo los efectos de una separación pueda actuar como convenio regulador una vez que ha pasado el preceptivo control judicial y siempre que reúna los requisitos de validez exigidos por la normativa ¹¹⁶. Aun cuando el

los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio».

¹¹⁶ La STS de 23 de diciembre de 1998 dispone que «...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 sólo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato... En este caso hay que concluir que concurre: a) el consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque aunque el recurrido alega la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) objeto del contrato; y c) causa

citado acuerdo no ha sido adoptado con anterioridad a la celebración del matrimonio cabe traerlo a colación, ya que su objeto es el mismo que el que nos ocupa. Considero que el momento de adopción del acuerdo no es un hecho significativo, ya que lo que nos interesa es la admisibilidad o no de un acuerdo privado con este contenido.

III. 2. 2 Pactos que inciden sobre la compensación por desequilibrio económico

Como he anticipado, la inclusión de cuestiones relativas a la compensación por desequilibrio económico dentro de los acuerdos prematrimoniales ha sido uno de los aspectos que más controversias ha generado en nuestra jurisprudencia menor y nuestra doctrina. Especialmente problemáticos resultan los supuestos en los que uno o ambos cónyuges renuncian anticipadamente a la compensación por desequilibrio económico que prevé nuestro Cc. en su artículo 97, y a ello me referiré con detenimiento en primer lugar. También analizaré brevemente aquellos supuestos en los que los futuros cónyuges acuerdan que en caso de ruptura matrimonial por separación o divorcio se establezca la citada compensación en favor de alguno de ellos aun cuando no concurran los requisitos previstos en el art. 97 Cc. para que proceda su pago.

- III. 2. 2. 1 Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico

Nuestro Cc. se refiere a la pensión compensatoria o compensación por desequilibrio económico en su art. 97¹¹⁷, configurándola como un derecho que

de la obligación establecida. En este sentido el contrato generó únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual».

¹¹⁷ El art. 97 Cc. dispone lo siguiente: «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

corresponde a uno de los cónyuges en caso de separación o divorcio por razón del desequilibrio económico que sufra con respecto a su consorte, y siempre que haya provocado un empeoramiento en su situación económica respecto a la que tenía durante el matrimonio. Por tanto, y a tenor de lo dispuesto, serán necesarios dos requisitos para su establecimiento: que exista un desequilibrio económico razonable entre ambos cónyuges, y que la situación económica del que la solicita haya empeorado objetivamente respecto a la que tenía durante el matrimonio.

El pago de esta pensión suele causar no pocos quebraderos de cabeza a aquél que tiene que abonarla, especialmente en aquellos casos en los que ha atravesado por un matrimonio fallido anterior y se encuentra ya pagando una compensación por desequilibrio económico, hecho que puede desanimarle a contraer un nuevo matrimonio. Pues bien, una solución puede ser precisamente adoptar un pacto prematrimonial que incluya una renuncia a percibir la referida pensión.

Aunque el Código Civil no se pronuncia expresamente sobre la admisibilidad de la renuncia a la compensación por desequilibrio económico, a mi parecer ésta quedaría amparada por los artículos 6¹¹⁸ y 1271¹¹⁹ del citado cuerpo legal. El primero de los preceptos señalados permite a las partes excluir la ley aplicable y renunciar a los derechos reconocidos en ella, mientras que el

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). Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2). La edad y el estado de salud. 3). La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4). La dedicación pasada y futura a la familia. 5). La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6). La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7). La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8). El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9). Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad».

¹¹⁸ El art. 6 Cc., en su párrafo segundo prevé que «la exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contrarién el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

¹¹⁹ El art. 1271 Cc. dispone que «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras...».

segundo admite que las cosas o derechos futuros puedan constituir el objeto de un contrato¹²⁰.

Una de las cuestiones que más discusiones ha generado en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la admisibilidad de un pacto con este contenido ha sido el hecho de renunciar a un derecho que en sentido estricto todavía no se ha adquirido. Al respecto existen en nuestra jurisprudencia menor dos corrientes que chocan frontalmente, ya que mientras la primera de ellas acepta la posibilidad de que los cónyuges renuncien anticipadamente a la compensación por desequilibrio económico, la segunda niega dicha posibilidad.

Como pone de manifiesto Gaspar Lera¹²¹ existe una línea jurisprudencial que niega la posibilidad de renunciar anticipadamente a la compensación por desequilibrio económico con el argumento de que no cabe renunciar a un derecho que todavía no ha nacido. A modo de ejemplo cabe citar la Sentencia de la AP de Asturias de 12 de diciembre del 2000 (EDJ 2000/113405), en la que el Tribunal niega la validez de la citada renuncia bajo el argumento de que sólo cabe renunciar a aquellos derechos que se encuentren en el patrimonio jurídico del renunciante en el momento de la renuncia¹²².

No obstante lo anterior, la corriente que niega la validez de la renuncia a la pensión por desequilibrio económico es muy minoritaria, y más allá de la citada resolución es difícil encontrar pronunciamientos en este sentido. Por

¹²⁰ Cfr. GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.061.

¹²¹ *Ibidem*, p. 1.061.

¹²² El Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia de 12 de diciembre del 2000 de la AP de Asturias señala que «...se trata de una renuncia a un futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación, y está sujeto al condicionante de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio, debiendo tenerse en cuenta al respecto, que como ya declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de noviembre de 1957, la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes, sólo cabe respecto de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante, por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello que se puede disponer...»

contra son numerosos los casos en los que nuestros Tribunales se oponen a la línea jurisprudencial a la que me he referido y admiten que los cónyuges puedan renunciar anticipadamente a la compensación por desequilibrio económico. Así ocurre con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de enero de 1998 (AC/1998/176), en la que se discute la validez de la renuncia a la compensación por desequilibrio económico por parte de uno de los cónyuges, formalizada en un convenio regulador que carece de aprobación judicial. En este caso el Tribunal considera que la percepción de la compensación por desequilibrio económico es un derecho del que las partes pueden disponer libremente, y que el acuerdo celebrado al respecto es perfectamente válido en la medida en que cuenta con todos los requisitos exigidos y no incurre en ninguna causa de invalidez¹²³. En los mismos términos se vuelve a pronunciar la AP de Barcelona en su Sentencia de 17 de marzo del 2000 (EDJ 2000/18788). En el caso enjuiciado se dilucidaba nuevamente la renuncia a la compensación por desequilibrio económico efectuada en un convenio regulador privado, y una vez más el Tribunal se muestra favorable a su admisibilidad bajo el argumento de que nos encontramos ante una materia dispositiva y de la que por lo tanto cabe excluir la Ley aplicable¹²⁴. También se pronuncia sobre esta cuestión la AP de Murcia en su Sentencia de 9 de mayo del

¹²³ La AP de Barcelona señala en el Fundamento de Derecho tercero de su Sentencia que «En lo que respecta a la pensión compensatoria por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil...es reiterado el criterio de la Sala de entender la misma como un derecho de carácter personal, perfectamente renunciable y sujeto al principio de rogación». «...Tal convención celebrada entre las partes, si bien no constituye el convenio regulador que contempla el artículo 90 del Código Civil, dada la falta de aprobación judicial, ...no es menos cierto que se trata de un negocio jurídico de derecho de familia...que tiene eficacia como pacto de renuncia a la prestación de carácter compensatorio en el momento de la ruptura o de la crisis matrimonial». «Tal estipulación... es perfectamente lícita, dado estar comprendida en el indicado negocio jurídico de derecho de familia, de carácter bilateral, y aceptado y reconocido por las partes, con la concurrencia de consentimiento, objeto y causa, y, sin motivo o causa de invalidez aducida por los suscriptores, por lo que las partes están sometidas a tal estipulación, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil».

¹²⁴ La citada Sentencia señala en su Fundamento de Derecho segundo que «...el pacto por el que renunció a la pensión compensatoria es plenamente válido y eficaz, al tratarse de una materia de derecho dispositivo y ser de aplicación a la misma lo establecido en el artículo 1254 del Código Civil, sin que tenga ninguna trascendencia al respecto que después de la firma del contrato no ratificase la solicitud de separación consensuada promovida por los trámites del mutuo acuerdo, ya que en lo que se refiere a la pensión compensatoria, el artículo 97 del Código Civil establece como primero de los criterios a aplicar, el de los acuerdos alcanzados por los cónyuges».

2000 (EDJ 2000/113394). En este caso los cónyuges celebraron un convenio no homologado judicialmente en el que entre otros preveían dos aspectos que nos son de interés: se determinaba de antemano la cantidad que el marido entregaría a sus hijos en concepto de pensión de alimentos, y la esposa por su parte renunciaba a la compensación por desequilibrio económico que pudiera corresponderle una vez disuelto el matrimonio. El Tribunal considera que se trata de dos cuestiones que deben dilucidarse por separado, ya que mientras la compensación por desequilibrio económico es un derecho dispositivo, en materia de alimentos de los hijos menores no hay disponibilidad de las partes. De acuerdo a lo anterior niega la validez del acuerdo relativo a la pensión de alimentos a los hijos, pero admite la renuncia a la compensación por desequilibrio económico¹²⁵. Por último, también se pronuncia en términos semejantes la Audiencia Provincial de Granada en su Sentencia de 14 de mayo de 2001 (AC/2001/1599), que admite plenamente la validez de un acuerdo otorgado por los cónyuges con este contenido¹²⁶. No obstante en este caso, aun admitiendo la validez del pacto, el Tribunal considera que éste ha devenido

¹²⁵ La AP de Murcia, en el Fundamento de Derecho tercero prevé lo siguiente: «... tales acuerdos sólo pueden tener esa eficacia vinculante para las partes en cuanto se refieran a materias de su libre disposición... Es evidente que en materia de alimentos de los hijos menores no hay disponibilidad de las partes, tal y como resulta de lo establecido en los artículos 90, 91, 92, 93 y 151, entre otros, del Código Civil... Distinta es la cuestión respecto a la pensión compensatoria,... es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer... En consecuencia, habiendo renunciado la titular de la pensión compensatoria a su derecho exclusivo a percibir tal pensión, ese acuerdo no atacado ha de mantenerse, vedando la posibilidad de que el juez pueda acordarla».

¹²⁶ La Sentencia de 14 de mayo de 2001 de la Audiencia Provincial de Granada señala que «...ambos comparecientes convienen que la "separación o disolución del futuro matrimonio, en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria el artículo 97 del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges". Esta cláusula contenida en las capitulaciones matrimoniales es claramente atípica, atendiendo a lo que entiende por capitulaciones el artículo 1325 del Cc. Pero es válida, puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible,... y, por tanto, perfectamente renunciable» En cuanto a la eficacia del acuerdo señala que «en el momento en que se redactó la cláusula, los futuros cónyuges tenían sus propios ingresos al estar ejerciendo cada uno su profesión. Aun cuando este pacto vincula a ambos cónyuges, cuando la esposa presenta la demanda de separación solicita, no obstante, la pensión compensatoria, porque las circunstancias son, a su juicio, ahora muy distintas a las que sirvieron de base para pactar aquella cláusula. ...es un hecho constatado, igualmente no negado por el marido, que la esposa, antes de casarse, trabajaba, dejando su trabajo al momento de casarse... Esta circunstancia ya es suficiente por si sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria si se dan las circunstancias previstas en el art. 97 del Cc.».

ineficaz por haberse producido un cambio sustancial de las circunstancias respecto al momento en que se adoptó, ya que se había modificado sustancialmente la situación económica de los otorgantes. En cualquier caso las cuestiones relativas a la eficacia de los acuerdos prematrimoniales serán objeto de estudio individualizado en el correspondiente apartado.

La renuncia a la compensación por desequilibrio económico puede ser gratuita, es decir, sin que el renunciante exija ninguna contraprestación a cambio de su renuncia (como ocurre en los casos estudiados hasta ahora); o bien onerosa, en cuyo caso el renunciante recibirá a cambio otros bienes o derechos, independientemente de que estén o no vinculados a un eventual desequilibrio económico entre ambas partes¹²⁷. Del primer supuesto como hemos visto existen numerosos ejemplos, sin embargo del segundo los casos que encontramos en la práctica son bastante escasos. Por citar algunos ejemplos, la DGRN se pronunciaba en su resolución de 10 de noviembre de 1995¹²⁸ sobre el acceso al Registro de la Propiedad de una escritura pública por la que encontrándose ambos cónyuges en un proceso de separación amistosa, acordaron que el marido abonaría la compensación por desequilibrio a través de la cesión de una serie de bienes. El Registrador había desestimado esta posibilidad porque el pacto no estaba homologado judicialmente, al igual que el TSJ de Cataluña. Sin embargo, la DGRN terminó admitiendo dicha renuncia onerosa a la compensación por desequilibrio, aun cuando el pacto adoptado no contaba con aprobación judicial¹²⁹. Otro ejemplo lo encontramos la Sentencia

¹²⁷ Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1659. «Esta renuncia puede ser tanto gratuita, esto es, a cambio de nada, como onerosa, es decir, a cambio de otros bienes o derechos de índole patrimonial que nada tienen que ver con el supuesto desequilibrio; por ejemplo, a cambio de una determinada cantidad por cada año de matrimonio, o a cambio de la atribución de determinado bien del otro cónyuge».

¹²⁸ RDGRN de 10 de noviembre de 1995 (EDD 1995/5955).

¹²⁹ La Dirección General consideró que el acuerdo era plenamente válido y eficaz en base a los siguientes argumentos: «1). El amplio margen que tiene la contratación entre cónyuges según el art. 1323 del Código Civil; 2). que se trata de un acuerdo de significación exclusivamente patrimonial y concertado entre personas capaces de gobernarse por sí mismas, de conformidad con el artículo 322 del Código Civil; 3). que la regla general en nuestro Derecho es la renunciabilidad de todo derecho salvo que con ello se contrarie el interés y el orden público o se perjudique a tercero, como señala el artículo 6 del Código Civil; 4). que los cónyuges pueden decidir sobre las consecuencias exclusivamente patrimoniales

de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de febrero de 2007 (EDJ 2007/52806), en la que se discutía la renuncia a la compensación por desequilibrio económico prevista en capitulaciones matrimoniales, y en la que al igual que en los casos anteriores el Tribunal reconoce la validez del acuerdo adoptado por las partes a este respecto¹³⁰. Así mismo entiende que no se trata estrictamente de una renuncia anticipada a un derecho, sino que más bien estamos ante una renuncia a la ley aplicable, y por tanto quedaría amparada por lo dispuesto en el art. 6.2 Cc.¹³¹

En la doctrina también encontramos opiniones encontradas. Aun cuando la mayor parte de autores que se han pronunciado sobre esta cuestión se muestran favorables a su admisibilidad¹³², hay quienes consideran que un acuerdo con este contenido carece de validez. El argumento que esgrime este sector minoritario de la doctrina que se muestra contrario a admitir este acuerdo y considera nula la cláusula por la que se renuncie a la compensación

de una declaración judicial que sólo a ellos afecta; 5). que si no puede obligarse a un cónyuge a recibir la pensión compensatoria judicialmente acordada contra su voluntad, no se ve razón para excluir esta materia de la autonomía de la voluntad; 6). que la frase «gravemente perjudicial para uno de los cónyuges» del párrafo 2 del artículo 90 del Código Civil mantiene pleno sentido, aun cuando la aprobación judicial se contraiga a los acuerdos relativos a los hijos, pues no cabe asegurar los intereses de los hijos con grave detrimentio de uno de los cónyuges».

¹³⁰ En su Fundamento de Derecho segundo señala que «... debe partirse de la base de que el posible y aparente perjuicio que pueda derivarse para uno de los cónyuges de la renuncia a la percepción eventual y futura de la pensión compensatoria responde a la libre voluntad de aquéllos, de manera que nadie podría oponerse a tal determinación, que se adopta de modo libre, meditado, deliberado y voluntario, por cuanto que cada uno de los esposos es titular y dueño de su propio patrimonio, pudiendo disponer del mismo libremente....».

¹³¹ «...no se trata de una renuncia anticipada a un derecho, sino más bien...una renuncia a la ley, a la que se refiere el art. 6.2 del Código Civil, al hablar de la exclusión a la ley aplicable, lo que supone excluir voluntariamente, mediante un negocio jurídico, el régimen regulador de un determinado derecho, lo que implica la previa renuncia de los derechos aún no ingresados en el patrimonio de su eventual titular, por haberlo dispuesto así voluntariamente los destinatarios de la norma dispositiva, que han sustituido la regulación de una determinada institución, la pensión compensatoria en nuestro caso, por otra distinta»

¹³² Cfr. GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1061-1064; GARCÍA RUBIO, María Paz, Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria..., cit., p. 1659-1666; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez...*, cit., p. 22; y MORENO VELASCO, Víctor, *La validez de los acuerdos prematrimoniales*, cit., p. 1346-1347 (entre otros).

por desequilibrio económico, entre los que se encuentra Gullón Ballesteros¹³³, es que no cabe renunciar a un derecho que todavía no se ha adquirido, e incluso se llega a decir que no se trata propiamente de un derecho sino de una mera expectativa cuya renuncia no quedaría amparada en el párrafo segundo del art. 6 Cc.¹³⁴.

A mi juicio, la adopción de un pacto por el que los futuros cónyuges acuerden la renuncia a la compensación por desequilibrio económico bien por parte de uno de ellos o bien por parte de ambos, es admisible en nuestro Derecho, y el acuerdo adoptado debe gozar de plena validez y eficacia. Discrepo de la corriente jurisprudencial que niega la validez de un acuerdo con este contenido alegando que se trata de una renuncia a un derecho futuro prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, ya que bajo mi óptica, y coincidiendo con los argumentos de la línea jurisprudencial que tiende a admitir su validez, no nos encontramos ante una renuncia de un derecho futuro en sentido estricto, sino que más bien estamos ante un supuesto de renuncia a la Ley aplicable. Además, el argumento por el que se pretende excluir la validez de la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico, que como hemos visto se basa en considerar que se trata de una renuncia a un derecho futuro, considero que queda totalmente desmontado desde el momento en que parece admitirse no obstante que tal renuncia se lleve a cabo en el propio convenio regulador, ya que cuando éste se suscribe todavía no se ha dictado Sentencia de separación o divorcio, y en puridad tampoco habría nacido aún el derecho a percibir esta pensión. Discrepo igualmente con el sector doctrinal que se muestra contrario a la admisión de este acuerdo alegando que no estaríamos ante un derecho sino ante una mera expectativa, ya que aunque ello fuera cierto, y en verdad se tratase de una mera expectativa, nada impediría a mi

¹³³ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Eficacia general de las normas jurídicas*. En: DÍEZ PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia. Madrid, 1993. p. 35. «La renuncia exige para su efectividad que el derecho haya nacido, porque es entonces cuando tiene un objeto. La efectuada antes de que se den los presupuestos necesarios para ello no equivale a la renuncia al derecho cuando dicho nacimiento ha tenido lugar».

¹³⁴ Cfr. MARTÍNEZ Novo, Susana, *Claves para la validez y eficacia...*, cit., p. 39.

juicio que la renuncia a ésta fuera igualmente válida, ya que del tenor del art. 6.2 Cc. no cabe deducirse que su contenido se refiera únicamente a los supuestos en el que el objeto de la renuncia sean derechos adquiridos, y además el art. 1271 Cc. permite expresamente que sean objeto de contrato las cosas futuras¹³⁵. Por tanto, considero que nos encontramos ante un supuesto de renuncia a la Ley aplicable, amparado como hemos visto por lo dispuesto en el art. 6.2 Cc., y por ende perfectamente válido. Como pone de manifiesto Bercovitz Rodríguez-Cano¹³⁶ «Si la renuncia se hace anticipadamente, antes de que el derecho haya ingresado en el patrimonio, no hay verdadera renuncia sino un acto dispositivo que impide adquirir un derecho subjetivo u otra posición jurídica de poder -facultad, acción, derecho potestativo-... por lo que propiamente es una manifestación de la exclusión de la ley aplicable». Teniendo en cuenta además que el contenido del art. 97 Cc., en el que se regula la compensación por desequilibrio económico, es a mi juicio es claramente dispositivo¹³⁷, nos encontramos precisamente ante el supuesto de hecho previsto en el art. 6.2 Cc. para renunciar válidamente a la Ley aplicable¹³⁸.

¹³⁵ En este mismo sentido se pronuncia Lacruz Berdejo (LACRUZ BERDEJO, José Luis (*et al.*), *Elementos de Derecho Civil: II- Derecho de obligaciones. Volumen primero: Parte General. Teoría general del contrato*. Dykinson. Madrid, 2003, 3^a Ed. (Actualizado por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco).p. 413-414), «El texto completo del art. 1.271 dice que "pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras". Deduciéndose de estas últimas palabras la no necesidad de que el objeto sea actual o se halle actualmente en la titularidad del que se obliga en relación a él».

¹³⁶ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Thomson Aranzadi, 2006, 2^a Ed. p. 62

¹³⁷ A mi juicio su carácter dispositivo queda patente en la propia redacción del art. 97 Cc., que como hemos visto es el encargado de regular la compensación por desequilibrio económico. En el citado precepto se dice expresamente «...A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe... ». De ello cabe deducir que prevalecerá en todo caso el acuerdo de los cónyuges, dando amplio margen a la autonomía de la voluntad de éstos, que bien podrán acordar el importe de la referida pensión, o bien renunciar a su pago. En este mismo sentido se pronuncia Martínez de Aguirre Aldaz refiriéndose a la posibilidad de renunciar a la citada compensación (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Régimen común a la nulidad, la separación o el divorcio*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV)*..., cit. p. 186), «En todo caso, parece más coherente con la escasa eficacia vinculante del matrimonio civil en general, con el papel crecientemente importante que a tal efecto se atribuye a la voluntad de los cónyuges, con las dudas acerca del fundamento último de la compensación por desequilibrio, y con el carácter dispositivo que tanto el TS (STS. 2 diciembre 1987) como la DGRN (R. 10 noviembre 1995) atribuyen a las reglas sobre la compensación, entender que tales pactos son válidos y eficaces». También Díez-Picazo (DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil (Volumen IV): Derecho de Familia. Derecho de sucesiones*. Tecnos. 2006, 10^a Ed. p. 126), «El derecho a la pensión del artículo 97 puede ser válidamente renunciado por las partes, o no

- III. 2. 2. 2 Fijación de compensación por desequilibrio económico cuando no concurren los requisitos del art. 97 Cc.

Cabe pensar en la posibilidad de que los futuros cónyuges adopten un pacto por el que uno de ellos se comprometa a abonar una compensación por desequilibrio económico en caso de que se produzca una eventual ruptura, aun cuando no concurren los requisitos del art. 97 Cc.¹³⁹. Es una cuestión ésta que no ha sido tratada por la doctrina, pero a mi juicio nada impide que los cónyuges puedan celebrar un pacto prematrimonial con este contenido. Hay quien podría pensar que un acuerdo de este tipo debe reconducirse a los supuestos que hemos visto de indemnización por ruptura del matrimonio, no obstante como ya he señalado al referirme a esta última, nos encontramos ante dos figuras de naturaleza muy diferente, ya que la compensación por desequilibrio económico no tiene carácter indemnizatorio, ni si quiera naturaleza alimenticia, sino que está basada en el desequilibrio patrimonial que pueda producirse entre los cónyuges una vez disuelto el matrimonio¹⁴⁰. Por tanto, bajo mi óptica un pacto de este tipo será válido y eficaz en la medida en que una vez roto el matrimonio, y aun cuando no concurre el requisito de empeoramiento previsto en el art. 97 Cc., realmente exista un cierto desequilibrio económico entre ambas partes. Si no existiera tal desequilibrio,

hecho valer. El poder judicial no tiene que intervenir coactivamente en esta materia, en la que no se trata de cuestiones de orden público (S. de 2 de diciembre de 1987). El juez determina la pensión ante la falta de acuerdo de los cónyuges, pero desde un punto de vista cuantitativo. Otra cosa es el derecho a la misma, que tiene naturaleza dispositiva».

¹³⁸ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Eficacia general de las normas jurídicas...*, cit., p. 34.

¹³⁹ Como ya he señalado, del tenor del art. 97 Cc. cabe extraer la exigencia de dos requisitos para su establecimiento de la citada compensación: que exista un desequilibrio razonable entre ambos cónyuges, y que la situación económica del que la solicita haya empeorado objetivamente respecto a la que tenía durante el matrimonio. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, *Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia....* cit. p. 185; y LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., *Elementos de Derecho Civil: IV-Familia*. Dykinson, Madrid, 2010, 4^a Ed. (Actualizado por RAMS ALBESA, Joaquín). p. 104

¹⁴⁰ Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1654. «...Esta pensión, en general, no se considera de naturaleza alimenticia...sino en el desequilibrio patrimonial producido a uno de los esposos o ex esposos por la separación o el divorcio».

entonces la compensación por desequilibrio económico sí tendría un carácter claramente indemnizatorio, y por lo tanto sí debería reconducirse a los supuestos de indemnización por ruptura del matrimonio a los que me he referido anteriormente.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que el abono de la compensación por desequilibrio económico se condicione a que concurrencia de determinadas circunstancias, como por ejemplo al incumplimiento de los deberes conyugales¹⁴¹ previstos en los arts. 67 y 68 de nuestro Cc.. Como sabemos, a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, se ha suprimido la obligación de alegar causa alguna para pedir el divorcio, permitiendo que un cónyuge pueda instar unilateralmente la declaración de divorcio sin alegar ningún tipo de razón. Debido a ello, con excepción del deber de socorro, los deberes conyugales y su eventual incumplimiento carecen en la práctica de relevancia jurídica, ya que el ordenamiento jurídico no prevé ningún instrumento a través del cual el cónyuge cumplidor actúe contra el incumplidor¹⁴². Pues bien, ya que ni la legislación ni la jurisprudencia amparan al cónyuge que sufre un daño moral como consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales por parte de su consorte¹⁴³, parece que una solución que podría dar seguridad a los futuros cónyuges sobre este aspecto sería establecer el abono de la citada compensación por parte de aquél que incumpla los referidos deberes, o bien su exclusión en detrimento del incumplidor. En el primer caso, considero que nuevamente sería necesario que existiera un desequilibrio económico entre las partes para su establecimiento, ya que en caso contrario tendría un carácter indemnizatorio que nada tiene que ver con la naturaleza de esta figura. Nos encontraríamos ante un acuerdo previendo una indemnización por

¹⁴¹ Los citados deberes son: respetarse, ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia, vivir juntos, prestarse fidelidad, socorrerse mutuamente y compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

¹⁴² Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, *Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia....* cit. p. 139-141.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 142.

incumplimiento de los deberes conyugales, que a mi juicio podría gozar de validez sí cumple con los requisitos de validez y no entra dentro del contenido indisponible del matrimonio, pero no me detendré más en él, ya que se aparta del objeto de nuestro estudio. Respecto al segundo supuesto, es decir, a la posibilidad de excluir el abono de la compensación por desequilibrio económico si ha habido incumplimiento por parte de uno de los cónyuges, considero que es perfectamente admisible, ya que como he señalado, el art. 97 Cc. es claramente dispositivo y el abono de la citada compensación puede ser excluido por las partes.

Otro aspecto al que podría ligarse el abono de esta compensación es al eventual trabajo para la casa que uno de los cónyuges pudiera realizar constante el matrimonio. Como veremos en el siguiente apartado, la compensación por el trabajo para la casa está prevista únicamente en sede de separación de bienes, por lo que esta fórmula permitiría extrapolarla también al régimen económico de gananciales. Pues bien, no habría inconveniente a mi juicio en admitir un acuerdo por el que los futuros cónyuges estipulen que aquél que se encargue de las tareas domésticas tenga derecho a recibir una compensación una vez disuelto el matrimonio, pero en ningún caso cabría hablar de compensación económica por desequilibrio, ya que se trata de dos figuras de diferente naturaleza (prueba de ello es que incluso pueden ser compatibles). De hecho, el establecimiento de la compensación por el trabajo para la casa no se fundamenta en un desequilibrio económico, sino en la desigual dedicación por parte de los cónyuges a las tareas domésticas y de cuidado de familiares.

III. 2. 3 *Pactos prenupciales de renuncia anticipada a la compensación por el trabajo para la casa*

Para aquellos casos en los que el régimen económico matrimonial elegido por los cónyuges sea el de separación de bienes, nuestro Código Civil prevé específicamente algunas normas con objeto determinar los efectos de una ruptura matrimonial por separación o divorcio. Una de esas normas específicas a las que me refiero es la que se refiere a la denominada compensación por el trabajo para la casa, regulada en el art. 1438 Cc.¹⁴⁴, y que prevé que el trabajo para la casa pueda computarse como contribución a las cargas y que genere por tanto derecho a una compensación económica en favor de aquel que lo realiza. Como hemos visto cuando nos referíamos a los deberes de los cónyuges dentro del matrimonio, uno de ellos era precisamente compartir las tareas domésticas. No obstante, y como es bien sabido, en la práctica no siempre se distribuyen las citadas tareas entre ambos consortes, y en muchos casos suelen ser asumidas sólo por uno de ellos. Pues bien, a través de este precepto se está previendo la posibilidad de que aquél que ha asumido la carga que supone encargarse de las tareas domésticas pueda verse recompensado con una compensación a cargo del otro cónyuge.

Respecto a la posibilidad de renunciar a ésta compensación prevista en nuestro Cc., como manifiesta Gaspar Lera la doctrina existente se muestra mayoritariamente partidaria de admitir su validez¹⁴⁵, y la escasa jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la admisibilidad de la misma también viene considerándola válida, como se pone de manifiesto por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de octubre de 2002¹⁴⁶.

¹⁴⁴ El art. 1438 Cc. señala que «*Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*».

¹⁴⁵ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.068.

¹⁴⁶ Cfr. MORENO VELASCO, Víctor, *La validez de los acuerdos prematrimoniales...*, cit., p. 1347. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1065.

Bajo mi punto de vista nos encontramos ante un caso similar al de la renuncia a la compensación por desequilibrio económico al que nos hemos referido anteriormente, por lo que la mayor parte de aspectos abordados serán aplicables también a este supuesto. Nuevamente se trata de una cuestión no prevista expresamente en el Código Civil, pero ello no impide que la renuncia a la compensación por el trabajo para la casa pueda considerarse válida. Estamos otra vez ante un supuesto de renuncia a la Ley aplicable por parte de los futuros cónyuges que, teniendo en cuenta que el contenido del art. 1348 Cc. es claramente dispositivo, quedaría amparada por lo dispuesto en el art. 6.2 Cc. Igualmente daría cobertura a la citada renuncia el art. 1271 Cc., en tanto permite que los derechos futuros puedan constituir el objeto de un contrato. En base a todo lo anterior, considero que la adopción de un pacto por el que los futuros cónyuges acuerden la renuncia a la compensación por el trabajo para la casa, bien renuncie uno de ellos o bien ambos, es perfectamente admisible y debe gozar de plena validez y eficacia (aunque obviamente el acuerdo devendrá ineficaz si se produce una modificación sustancial de las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción).

III. 2. 4 Pactos relativos al uso del domicilio conyugal tras la separación o el divorcio

Una de las cuestiones que más problemas suele generar en los procedimientos de separación o divorcio es la atribución del uso del domicilio que venía constituyendo la vivienda habitual del matrimonio. El art. 96 Cc.¹⁴⁷ atribuye con carácter general la vivienda habitual a los hijos que tenga el matrimonio y al cónyuge al que corresponda la custodia de éstos.

¹⁴⁷ Art. 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. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

Pues bien, una forma en la que los cónyuges pueden corregir de antemano la solución a la que nos conduce el legislador, sería adoptando un pacto prenupcial por el que se acordara anticipadamente a cuál de ellos corresponderá el uso de la vivienda familiar en caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio. Y es que, aun cuando el art. 96 de nuestro Código permite que los cónyuges lleguen a un acuerdo en cuanto a la atribución de la vivienda estableciendo como subsidiaria la solución a la que me he referido, en la práctica difícilmente se conseguirá llegar a un acuerdo si tenemos en cuenta las malas relaciones entre las partes que en muchos casos presiden estos procesos. Por ello considero que resultaría muy práctico, e incluso bastante conveniente, que esta cuestión fuera abordada con anterioridad a la aparición de la crisis conyugal, pues ello aumentaría notablemente las posibilidades de que las partes llegaran a un acuerdo. De acuerdo a lo anterior, la celebración de un contrato prematrimonial en este sentido podría ser una herramienta eficaz que no sólo permitiría que fueran los propios interesados los que decidieran sobre esta cuestión, sino que además simplificaría notablemente el procedimiento de separación o divorcio, al quedar ya determinada una de las principales cuestiones que normalmente deben dilucidarse en los citados procesos.

Pero lo primero que debemos preguntarnos es si cabría en nuestro Derecho la adopción de un acuerdo prenupcial con este contenido. Como señala Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga¹⁴⁸, en caso de que no existan hijos no cabe duda que es admisible la adopción de un pacto por el que los cónyuges dispongan de antemano a quien corresponderá el uso del domicilio conyugal en caso de separación o divorcio. El problema se plantea cuando existen hijos menores en el matrimonio, ya que a tenor de lo dispuesto en el art. 96 Cc. el uso de la vivienda corresponde a éstos. Bajo mi punto de vista el hecho de que haya hijos no debe suponer una razón para excluir de plano esta posibilidad, aunque sí es una circunstancia que obviamente debe tenerse muy en cuenta a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar. Considero que el juez deberá atender a

¹⁴⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez...*, cit., p. 22.

cada caso concreto y determinar si la adopción de un acuerdo con este contenido puede vulnerar el interés superior del menor, lo que acarrearía sin duda alguna la ineficacia del acuerdo alcanzado.

Por tanto, y teniendo en cuenta que el art. 96 faculta a los cónyuges a decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, poniendo con ello de manifiesto que nos encontramos ante una materia dispositiva, considero que sí cabría adoptar un acuerdo prematrimonial especificando a cuál de los cónyuges corresponde el uso de la vivienda conyugal. Ahora bien, como ya he señalado, cuando existan hijos el juez deberá tomar todas las cautelas para verificar que queda a salvo el interés superior del menor. Respecto a esta última cuestión quiero puntualizar que bajo mi óptica no todo acuerdo que se adopte en este sentido va a suponer una vulneración del citado principio del interés superior del menor, ya que como pone de manifiesto Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga¹⁴⁹, también en muchas familias unidas se producen cambios de domicilio sin que por ello se cause ningún tipo de perjuicio a los hijos menores. Por todo ello, deberá ser el juez en mi opinión quien determine si en el caso concreto el cambio de domicilio como consecuencia de dar cumplimiento a lo acordado en el respectivo pacto prenupcial puede causar un perjuicio objetivo a los referidos menores, o si por contra éstos están en perfectas condiciones de adaptarse a un nuevo hogar similar al que venían habitando antes de que tuviera lugar la ruptura de sus progenitores.

Otro contenido sobre el que puede versar un pacto prematrimonial, también relacionado con la determinación del uso de la vivienda habitual ante una eventual ruptura del matrimonio, sería aquél por el que los futuros cónyuges acordaran que el beneficiario del uso del domicilio perdiera este derecho en caso de que comience a convivir con una nueva pareja. Es decir, el derecho de uso correspondería a uno u otro de los cónyuges en función de lo

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 22. «En las familias unidas, se producen cambios de vivienda. Por cambio de destino, problemas económicos o de salud, necesidades de mayores espacios o de menores superficies, etc. ¿Por qué la situación ha de ser diferente en casos de ruptura?...».

que éstos acordaran, o a falta de acuerdo en función de lo que determine el juez aplicando la regla del Cc., pero si aquél a quien se le atribuye el uso de la vivienda comenzará a convivir en ésta con otra persona, perdería el referido derecho de uso. Esta posible revocación de un derecho sí la prevé la Ley para el caso de la compensación por desequilibrio económico, pues aquél que viniera percibiéndola y comience a convivir con otra persona perderá el derecho a que se le siga abonando, pero nada se prevé en el caso del disfrute de la vivienda habitual¹⁵⁰. El caso es bastante similar al que acabamos de analizar, y serían de aplicación básicamente las mismas reglas. Es decir, al tratarse de una materia dispositiva el acuerdo adoptado sería a mi juicio perfectamente válido, siempre eso sí que no se comprometa con ello el interés de los hijos menores, si los hubiera.

III. 2. 5 Pactos respecto de los hijos menores o incapacitados

Esta es una materia especialmente sensible, ya que si cualquier acuerdo que se adopte por parte de los cónyuges tiene como límite principal el respeto al interés de los hijos del matrimonio, con mayor medida habrá que adoptar todas las cautelas posibles cuando el objeto del acuerdo son precisamente los hijos menores o incapacitados. Nos referimos aquí tanto a los acuerdos adoptados por los futuros cónyuges fijando anticipadamente a cuál de ellos corresponderá la guarda y custodia de los hijos menores en caso de ruptura, como a aquellos por los que se determina la cuantía que abonará a éstos el progenitor no custodio en concepto de pensión alimenticia o bien excluyendo el abono de la misma. Como iremos viendo, las dos últimas cuestiones son desde luego de muy discutible validez, ya que podrían suponer dejar a los menores en una situación absoluta de desprotección, hecho que obviamente chocaría frontalmente con el principio de respeto del interés superior del menor.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 23.

A diferencia de lo que hemos visto cuando tratábamos otras materias que pueden ser objeto de acuerdo entre los cónyuges, aquí nos encontramos bajo mi punto de vista ante una cuestión que podríamos englobar en su mayor parte dentro del Derecho imperativo y por tanto de la que las partes no pueden disponer libremente, motivo por el cual la doctrina tradicional se ha mostrado contraria a la admisibilidad de un pacto prenupcial que recoja previsiones respecto a los hijos¹⁵¹. Con ello no quiero decir que deba considerarse nulo cualquier acuerdo adoptado al respecto, pero en este caso considero que sí sería imprescindible la homologación judicial del referido acuerdo para que éste gozara de validez, ya que está en juego el interés de los menores.

Habrá que determinar por un lado hasta donde alcanza la facultad de los padres, como titulares de la patria potestad, a pactar sobre cuestiones que afecten a sus hijos; y por otro lado como debe ser el control judicial sobre los citados acuerdos. Para dilucidar la primera de las cuestiones debemos partir de la facultad que otorga el art. 156 Cc.¹⁵² a ambos progenitores como titulares de la patria potestad para decidir conjuntamente sobre aquellos actos que afecten a sus hijos, pudiendo acudir al juez únicamente para dirimir cualquier discordancia que tengan entre ellos¹⁵³. Por tanto éstos gozan el principio de plena libertad para acordar lo que estimen respecto a sus hijos. Respecto a la

¹⁵¹ GINÉS CASTELLET, Núria, *Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho Civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia*. En: La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña (Enero 2011). <http://vlex.com/vid/381987962>. (fecha última consulta: 19/05/2013) «La tradicional prevención de la doctrina hacia pactos pre-crisis atinentes a los hijos menores o, en general, sometidos a la potestad de los padres halla su explicación en el carácter de orden público de la normativa que se ocupa de los deberes paterno-filiales. Por ello, se ha abogado por entender que toda decisión relativa a los hijos ha de ser excluida de un acuerdo previo, de modo que únicamente podría haber pacto al respecto una vez producida la crisis matrimonial».

¹⁵² El art. 156 Cc. dispone que «*La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años*

¹⁵³ Cfr. ZARRALQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez...*, cit., p. 20.

segunda de las cuestiones, considero que el juez debe limitarse a corroborar que los acuerdos adoptados no dañan el interés de los menores, y solamente en ese caso debe invalidar lo acordado por los progenitores.

Como he señalado en las líneas que daban comienzo a este apartado, trataré cada una de las cuestiones que pueden recogerse en los acuerdos prematrimoniales con relación a los hijos, para determinar cuáles de ellas cabrían en nuestro Derecho y cuales deben excluirse directamente. La primera de ellas en la que quiero detenerme brevemente es la relativa a la posibilidad de renunciar a la patria potestad por parte de uno de los progenitores. Siguiendo a Moreno Velasco ¹⁵⁴, entre otros ¹⁵⁵, considero que nos encontramos ante una materia absolutamente indisponible y sobre la que no cabría renuncia, por lo que no cabría adoptar un pacto en este sentido.

Otro acuerdo que puede adoptarse en relación a los hijos sería aquél por el que los futuros cónyuges fijaran anticipadamente como será el régimen de custodia y visitas sobre sus hijos (en caso de tenerlos) ante una eventual ruptura matrimonial, bien comprometiéndose a establecer un régimen de custodia compartida o bien asignándosela a uno de ellos. A mi juicio este acuerdo es perfectamente lícito y aun cuando considero que requiere homologación judicial por estar implicado el interés de los menores; el control del juez deberá

¹⁵⁴ MORENO VELASCO, Víctor, *La validez de los acuerdos prematrimoniales...*, cit., p. 1348. «...este derecho-obligación es irrenunciable, imprescriptible e indisponible..., y sólo cabe la privación mediante sentencia una vez que se den las causas previstas en el artículo 170 del Código Civil».

¹⁵⁵ Cfr. MONTÉS PENADÉS, V.L. (coord.), *Derecho de Familia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991. p. 446. «Como efecto directo de la filiación (por naturaleza o adoptiva) la patria potestad goza de su mismo carácter personalísimo y, consecuentemente, es irrenunciable, intransmisible e imprescriptible... Su irrenunciabilidad deriva, además, de ser la patria potestad una institución de orden público y de que su renuncia se pronunciaría en perjuicio de tercero: el hijo, así como de que supondría incumplimiento de los deberes tuitivos atribuidos a los padres, sancionado civilmente con su privación y penalmente constitutivo del delito de abandono de familia»; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, *La privación de la patria potestad: Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, 2^a Ed. p. 32-33 «Efecto inmediato de que el básico principio informador de la patria potestad -como de todas aquellas situaciones afectantes a un menor- no es otro que el beneficio de los hijos es la peculiar naturaleza de orden público que, con esencial fundamento en el art. 53.2 y 3 CE, revisten las normas sobre esta materia, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificarlas, con la consiguiente imposibilidad para los padres de renuncia a la misma, aspecto éste de *ius cogens* que aparecer destacado por la doctrina y también por los Tribunales en numerosas ocasiones» ;y LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *La patria potestad: voluntad del titular*. Universidad de Valladolid, 1982. p. 23,24y 111.

limitarse a comprobar que no perjudique a éstos, en cuyo caso el pacto adoptado debe ser aprobado. Esta posición queda corroborada por lo dispuesto en el art. 159 de nuestro Código¹⁵⁶, que faculta a los padres que viven separados para decidir a cargo de cuál de ellos quedan los hijos menores, debiendo entrar únicamente el juez en caso de que no consigan llegar a un acuerdo. De ello cabe deducirse que la Ley excluye la posibilidad de que el juez deniegue la homologación de un acuerdo adoptado en este sentido si no es gravemente perjudicial para los menores.

También cabría pensar en un acuerdo por el que los progenitores pactaran sobre el cumplimiento de la obligación de alimentos respecto a sus hijos por parte del progenitor no custodio, para el caso de que cesara la convivencia entre ambos. El objeto del acuerdo puede ser bien excluir o bien moldear la obligación de abonar alimentos. En cuanto a la primera de las opciones que planteo considero que no cabría por atentar gravemente contra el interés de los menores. Además es una cuestión expresamente prohibida por lo dispuesto en el art. 151 Cc.¹⁵⁷, que lo configura como un derecho personalísimo¹⁵⁸, y que si impide renunciar al derecho de alimentos propios, con más razón debe quedar excluida esta posibilidad cuando el alimentista no es el propio renunciante. En los mismos términos se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 11 de mayo de 2006 (JUR/271650), en la que pese a insistir en la postura favorable a la admisibilidad de los pactos privados de los cónyuges, niega su eficacia en la medida en que afecten a los intereses de los

¹⁵⁶ Art. 159 Cc.: «Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

¹⁵⁷ El art. 151 Cc. dispone que «No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos...».

¹⁵⁸ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *El parentesco, la obligación de alimentos*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia...* cit., p. 41; LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al.,- RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil: IV- Familia...*, cit., p. 22; y DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil (Volumen IV): Derecho de Familia...*, cit., p. 50.

hijos menores¹⁵⁹. En cuanto a la segunda opción, es decir, que los cónyuges fijen de antemano la cuantía de los alimentos que se abonarán a los hijos en caso de ruptura, bajo mi punto de vista podría tratarse de un acuerdo válido, siempre que el juez dentro de su facultad de control compruebe que el acuerdo no vulnera lo dispuesto en el art. 146 Cc¹⁶⁰, es decir, que la cuantía fijada sea suficiente para atender las necesidades del menor y acorde a la capacidad económica del alimentista.

Respecto a los pronunciamientos que encontramos en la jurisprudencia acerca de la validez de esta clase de acuerdos, parece que poco a poco nuestros Tribunales empiezan a reconocer su validez, especialmente tras la Sentencia del TS de 14 de febrero de 2005¹⁶¹. En el citado pronunciamiento el TS admite la validez de un pacto entre los cónyuges en el que se fija de antemano el régimen de custodia y visita, si bien requiere para ello que cuente con aprobación judicial, exigencia con la que ya he señalado que estoy absolutamente de acuerdo.

En definitiva, sí cabría a mi juicio que los futuros cónyuges acuerden anticipadamente algunos aspectos relativos a sus hijos, e incluso puede ser de gran utilidad, aunque con las excepciones que he mencionado. En concreto, considero admisible que acuerden a cuál de ellos se asignará la custodia de los hijos menores en caso de separación o divorcio y el modo en el que se ejercerá el

¹⁵⁹ En el Fundamento de Derecho tercero se admite la validez de los acuerdos privados de los cónyuges, aunque al afectar a los hijos menores se les priva de eficacia «... el objeto contractual queda limitado a la autorregulación de intereses patrimoniales propios de los cónyuges, no pudiendo tener eficacia los pactos que respecto de los hijos menores de edad establezcan las partes en dichos contratos extrajudiciales que caen en la órbita del "ius cogens", pactos que deben pasar por el control judicial para tener validez».

¹⁶⁰ Art. 146 Cc.: «La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe».

¹⁶¹ El TS en su Sentencia de 14 de Febrero de 2005 manifiesta que «...cabe señalar que tanto la Constitución -artículo 39- como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno filiales - especialmente el artículo 154 del Código Civil- reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención -sin perjuicio de sus deberes de prestación- está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesionen o pongan en peligro al menor, lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores...».

régimen de visitas por parte del otro progenitor. Puede ser válido igualmente a mi juicio un acuerdo en el que se concrete o moldee la cuantía de la pensión de alimentos que debe abonar el progenitor no custodio siempre que con ello no se comprometa la subsistencia de los menores. Por contra, no gozarían de validez los pactos por los que se renuncie al ejercicio de la patria potestad o se excluya el abono de la pensión de alimentos. En cualquier caso, y como vengo señalando, el acuerdo deberá ser homologado por el juez, tras la previa valoración por parte del Ministerio Fiscal, en aras de garantizar la protección de los menores.

III. 2. 6 Pactos relativos a la vida futura de los cónyuges tras la separación o el divorcio

Brevemente me referiré a aquellos acuerdos por los que los futuros cónyuges acuerdan restricciones o limitaciones para su vida futura en caso de producirse una eventual ruptura por separación o divorcio. Un ejemplo sería prohibir que uno de ellos pueda casarse o convivir en el futuro con ninguna otra persona, o con otro que sea del mismo sexo, o con una persona determinada, etc. Dentro también se incluirían aquellos pactos por los que se prohibiera a alguno de los cónyuges fijar su residencia en un determinado lugar¹⁶².

Siguiendo a Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga¹⁶³ considero que estos pactos serían nulos, ya que vulnerarían algunos derechos fundamentales como el derecho a contraer matrimonio o a unirse con una nueva pareja, o el derecho a establecer la residencia libremente.

¹⁶² Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1660; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez...*, cit., p. 20

¹⁶³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez...*, cit., p. 20

Otra cuestión bien distinta sería que, como señala el citado autor, se conviniera que en caso de contraer nuevo matrimonio, o de hacerlo con una persona determinada, se perdieran determinados derechos como por ejemplo el relativo al uso de una determinada vivienda. Un acuerdo con este contenido considero que sí podría ser perfectamente válido. Cabría cuestionarse si el citado acuerdo sería igualmente válido si el uso de la vivienda hubiera sido atribuido judicialmente. Pues bien, salvo que el pacto alcanzado sobrepase los límites previstos (especialmente los relativos a la protección de los hijos menores), la respuesta a mi juicio debe ser afirmativa, ya que el art. 96 Cc. da prioridad al acuerdo de las partes, y el juez deberá aprobarlo siempre que no vulnere los citados límites.

Por tanto, no cabe adoptar acuerdos que limiten la vida futura de los cónyuges, aunque sí cabrían aquellos que condicionaran el disfrute de algún derecho precisamente al desarrollo de dicha vida futura , siempre obviamente que lo estipulado no sobrepase los límites a los que me referiré en el siguiente capítulo. Prueba de que esta posibilidad es perfectamente admisible en nuestro Derecho es que el propio Código Civil la lleva a la práctica en materia de compensación por desequilibrio económico, al prever en su art. 101 la pérdida de la citada pensión en caso de que se contraiga un nuevo matrimonio o se conviva maritalmente con otra persona.

III. 3 Breve referencia a los acuerdos prenupciales para los supuestos en que el matrimonio se declare nulo

Podemos pensar en un acuerdo por el que las partes prevean anticipadamente las consecuencias de una eventual declaración de nulidad del matrimonio. Se trata de una cuestión controvertida, y considero que deben diferenciarse dos supuestos. En primer lugar, si quien invoca su cumplimiento

era consciente de que el matrimonio que se celebraba era nulo, a mi juicio el acuerdo celebrado será anulable. Ello porque considero que el consentimiento del cónyuge que desconocía la causa de nulidad del matrimonio está viciado, ya que celebró el contrato prematrimonial incurriendo en error. En este caso se trataría del denominado *error motivo*, y dentro de éste nos encontraríamos ante un error de hecho, ya que existe un equivocado conocimiento de la realidad fáctica en la que se celebra el acuerdo¹⁶⁴. Además en este último caso cabría incluso hablar de dolo sí aquel que conocía la causa de nulidad lo oculta maliciosamente con la intención de que la otra parte celebre el acuerdo. Otra cosa sería que ambos conocieran la concurrencia de una causa de nulidad, en cuyo caso considero que el acuerdo alcanzado gozaría de plena validez, ya que no se puede hablar de la existencia de error de ningún tipo.

Distinta solución habría que dar bajo mi óptica en el supuesto de que ambas partes desconocieran que existía una causa de nulidad en el momento de celebración del matrimonio, pues en este caso el consentimiento en la adopción del acuerdo prematrimonial no está viciado, y salvo que rebasara los límites legales habría que considerarlo válido. Ésta es la solución a la que parece conducirnos el Cc., que en su art. 79¹⁶⁵ protege al contrayente de buena fe que desconocía la causa de nulidad del matrimonio. Además podría extrapolarse a mi juicio incluso al caso de que sólo una de las partes desconociese que el matrimonio celebrado es nulo, si es ésta quién invoca el acuerdo, ya que no tiene por qué soportar las consecuencias de la mala fe del otro suscriptor.

¹⁶⁴ Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pablo, *Requisitos del contrato*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II): Derecho de Obligaciones*. COLEX, 2011, 3^a Ed. p. 355-356; LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., - RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil: II- Derecho de obligaciones...*, cit., p. 358-359; y O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil: Tomo II: Derecho de obligaciones*, DIJUSA, Madrid, 2009, 6^a Ed. p. 241.

¹⁶⁵ El art. 79 Cc. señala que «La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe...».

CAPÍTULO IV: VALIDEZ, LÍMITES, EFICACIA Y EXIGIBILIDAD DE LOS PACTOS PRENUPCIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Una vez nos hemos pronunciado sobre la admisibilidad de los distintos contenidos que pueden presentar los pactos prenupciales en previsión de ruptura, nos referiremos a los requisitos que éstos deben reunir para gozar de validez y eficacia en nuestro Derecho, así como a los límites a los que quedan sujetos. Veremos que las condiciones que deben cumplir estos acuerdos son con carácter general las exigidas por nuestro Código Civil para el resto de contratos, salvo alguna especialidad que analizaremos en su momento.

IV. 1 Validez y forma de los acuerdos prematrimoniales

IV. 1. 1 Validez

Comenzaré refiriéndome a los requisitos que con carácter general deben cumplir los acuerdos prematrimoniales para poder gozar de validez en nuestro Derecho. Siguiendo a García Rubio ¹⁶⁶, distinguiré entre los requisitos de validez que debe reunir el acuerdo durante la fase de formación, y los relativos al contenido del mismo. En primer lugar me referiré a la fase de formación del consentimiento. Para que los pactos prematrimoniales puedan considerarse

¹⁶⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Acuerdos prematrimoniales: De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia...*, cit., p.2.

válidos, deben concurrir en ellos los elementos constitutivos de todo contrato, previstos en el art. 1261 de nuestro Código Civil¹⁶⁷, que como es bien sabido son: consentimiento, objeto y causa. Me centraré en la libre formación del consentimiento, y especialmente en aquellos casos en que éste se considera anulable por haber sido prestado concurriendo alguno de los vicios previstos en el art. 1265 Cc.¹⁶⁸, es decir, por error, violencia, intimidación o dolo. Si alguna de las partes es capaz de probar la concurrencia de uno o varios de estos vicios del consentimiento podrá instar la anulación del acuerdo alcanzado en virtud de lo dispuesto por el art 1300 Cc.¹⁶⁹.

Veamos brevemente cuando se puede decir que estamos ante uno de estos vicios. En cuanto al error (art. 1266 Cc.¹⁷⁰), nuestro Código exige para que pueda apreciarse que recaiga sobre el objeto del contrato. Además para que el error pueda ser considerado un vicio del consentimiento debe ser esencial (determinante de la voluntad declarada) y excusable (que no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media o regular)¹⁷¹. En el caso de la violencia y la intimidación (art. 1267 Cc.¹⁷²) se requiere una fuerza irresistible

¹⁶⁷ El art. 1261 Cc. recoge los requisitos que debe reunir todo contrato bajo el siguiente tenor: «*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1). Consentimiento de los contratantes. 2).Objeto cierto que sea materia del contrato. 3). Causa de la obligación que se establezca.*».

¹⁶⁸ Art. 1265 Cc.: «*Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.*».

¹⁶⁹ El art. 1300 Cc. dispone que «*Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el art. 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.*».

¹⁷⁰ Art. 1266 Cc.: «*Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.*».

¹⁷¹ Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Requisitos del contrato*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II): Derecho de Obligaciones...*, cit., p. 358; LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., *Elementos- RIVERO HERNÁNDEZ de Derecho Civil: II- Derecho de obligaciones...*, cit., p. 364; O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil: Tomo II: Derecho de obligaciones...*, cit. p 241; DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil (Volumen II): El contrato en general...*, cit. p, 54; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª Rosario y VERDERA SERVER, Rafael (coords.), *Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*, cit., p. 236-237; y ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de obligaciones y contratos*. Editorial REUS, Madrid, 2007. p. 122.

en la primera¹⁷³ y un temor racional y fundado en la segunda, por lo que el mal con el que se amenaza debe tener una cierta entidad¹⁷⁴. Por último, respecto al dolo (arts. 1269 y 1270 Cc.¹⁷⁵), es necesario que haya sido determinante para prestar el consentimiento, hasta el punto de que no se apreciará si quien lo alega no prueba que de no concurrir esta circunstancia no lo hubiera prestado¹⁷⁶. Con carácter general la doctrina viene exigiendo para que el dolo pueda invalidar el contrato que exista un engaño (unido al ánimo de engañar¹⁷⁷) que haya sido determinante de la declaración de voluntad, que no sea recíproco, que no proceda de un tercero y que lo alegue y pruebe el que lo haya sufrido¹⁷⁸. Además no es necesario que el dolo llegue a causar un daño a quien lo sufra¹⁷⁹.

¹⁷² Art. 1267 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 u ascendientes».*

¹⁷³ ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de obligaciones y contratos...*, cit., p. 122. «No se hace referencia, aquí y con todo, a la violencia absoluta..., que determina, como sabemos, la inexistencia del consentimiento, sino a la "vis impulsiva", que vicia el consentimiento sin excluirlo».

¹⁷⁴ Siguiendo a de Pablo Contreras (DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Los requisitos del contrato* .En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II): Derecho de Obligaciones...*, cit., p. 361-362) son requisitos de la intimidación: «que la amenaza de un mal futuro sea inequívoca, refiriéndose mediante palabras conminatorias o a través de una actuación a la que sea preciso conferir el mismo significado...; que el mal con el que el sujeto es amenazado sea objetivamente capaz de impresionarle...; que el miedo causado al contratante resulte determinante en la emisión de su declaración de voluntad contractual...».

¹⁷⁵ El art. 1269 señala que «*Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*». Por su parte, el art. 1270 prevé que «*Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes*».

¹⁷⁶ DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Los requisitos del contrato*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II): Derecho de Obligaciones...*, cit., p. 361-362.

¹⁷⁷ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., - RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil: II- Derecho de obligaciones...*, cit., p. 367. «...las palabras o maquinaciones que configuran el elemento objetivo del dolo tienen que ser empleadas maliciosamente con la intención de engañar»; y O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil: Tomo II: Derecho de obligaciones...*, cit. p 244.

¹⁷⁸ Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Requisitos del contrato*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II): Derecho de Obligaciones...*, cit., p. 359-360; y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª Rosario y VERDERA SERVER, Rafael (coords.), *Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*, cit., p. 239.

¹⁷⁹ DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil (Volumen II): El contrato en general...*, cit. p, 54

Del tenor literal de los citados preceptos cabe deducirse a mi juicio que su consideración debe ser restrictiva, de tal manera que para que el contrato quede anulado por la concurrencia de alguno de los referidos vicios, es necesario que éstos se den de manera clara y que constituyan la causa principal que ha llevado a prestar el consentimiento a aquél que los alega. Esta visión restrictiva es compartida por nuestras Audiencias Provinciales, pues como pone de manifiesto Pinto Andrade¹⁸⁰, «...la jurisprudencia se muestra muy rigurosa a la hora de decretar la nulidad de cualquier pacto prematrimonial con base en un vicio del consentimiento y tiende, en principio, a la conservación de los mismos en pro de la seguridad jurídica, requiriéndose cierta entidad, gravedad y relación directa con el negocio que se suscribe...». Así, el referido autor cita entre otras la SAP de Madrid de 17 de noviembre de 2004¹⁸¹, la SAP de Tarragona de 7 de septiembre de 2005¹⁸² o la SAP de Las Palmas de 29 de enero de 2004¹⁸³.

¹⁸⁰ PINTO ANDRADE, Cristóbal, La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales..., cit., p. 5

¹⁸¹ La SAP de Madrid de 17 de noviembre de 2004 dirime la validez tanto de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales como de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges, pronunciándose acerca del error en el consentimiento con un carácter muy restrictivo, al señalar que «...el reconocimiento del error sustancial, con trascendencia anulatoria del negocio, tiene un sentido excepcional muy acusado y, por ende, es de apreciación restrictiva... ya que, fundamentalmente, lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido, sin que los motivos que hayan decidido a las partes a celebrar el acto puedan ejercer influencia alguna, por regla general, sobre la validez de éste».

¹⁸² La AP de Tarragona en su Sentencia de 7 de septiembre de 2005, se refiere a la violencia y a la intimidación, rechazando la petición de nulidad del acuerdo adoptado por los cónyuges y admitiendo la validez del mismo bajo el argumento de que « ...la violencia... ha de ser anterior o coetánea con el acto de cuya nulidad se trata, pues necesariamente ha de ir dirigida a arrancar el consentimiento inválido por su concurrencia. Se exige así que se trate de una violencia grave, de calidad como para ser tenida por irresistible en el sentido de presentar tal consentimiento como necesario. Por lo que se refiere a la intimidación, diferenciada en el referido artículo de la anterior, según constante jurisprudencia ha de quedar integrada por una amenaza injusta o ilícita, con marcado matiz antijurídico y tan fuerte que obligue a quien la padece a que su voluntad se determine en sentido contrario a sus intereses (T.S. 5 marzo 1992), anulando su consentimiento, de manera que se produzca entre éste y la invocada intimidación nexo causal (T.S. 11 marzo 1985) »

¹⁸³ La SAP de Las Palmas de 29 de enero de 2004 en un supuesto en declarar la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges se refiere a la cuestión del dolo, exigiendo para que éste se dé la concurrencia de dos elementos: «...en dicho concepto cabe distinguir dos elementos: uno, subjetivo, como voluntad o deseo de orientar la voluntad de la contraparte en un determinado sentido o infracción voluntaria de un deber jurídico que pesa sobre la parte que lo produce (elemento subjetivo); y otro, material u objetivo, integrado por el medio o los actos externos, omisiones

Considero que hay dos elementos que cobran gran importancia a la hora de determinar la posible existencia de un vicio del consentimiento: en primer lugar la información con la que cuenten los futuros cónyuges en el momento de suscribir el pacto acerca del patrimonio y perspectiva económica del que será su consorte, y sobre las consecuencias que puede tener celebrar el acuerdo de que se trate; y en segundo lugar la antelación con la que se haya adoptado el acuerdo, ya que si existe una gran proximidad con el momento de celebración del matrimonio a mi juicio hay más posibilidades de que el consentimiento de alguno de los otorgantes pueda estar viciado. Ello porque al aproximarse la boda es posible que una parte firme el acuerdo por miedo a que en caso contrario pueda peligrar su celebración, o lo haga sin comprender las términos y las consecuencias del acuerdo. A tal efecto me parece adecuada la previsión que hace al respecto el libro segundo del Código Civil de Cataluña en su artículo 231-20, al que me he referido en sede de Derecho autonómico, y que exige que los acuerdos prematrimoniales sean suscritos con al menos 30 días de antelación respecto a la fecha de celebración del matrimonio, inspirándose en las reglas establecidas por los principios de *American Law Institute* que hemos visto al tratar sobre el Derecho comparado¹⁸⁴.

En cuanto a la validez de los diferentes contenidos que pueden presentar los acuerdos prematrimoniales, es una cuestión que ya ha sido abordada al

o silencios a través de los cuales se realiza o manifiesta el elemento subjetivo». Adicionalmente, la Audiencia trae a colación otros requisitos exigidos tradicionalmente por la jurisprudencia: «los requisitos que según la doctrina se exigen para que el dolo pueda actuar, y que son plasmados en la Sentencia de esta Sala, de 11 de mayo de 1993 son: a) una conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial, b) que la otra voluntad negociadora quede viciada en su libertad y conocimiento por tal conducta, c) que todo ello determine la actuación negocial, d) que sea grave y e) que no se haya causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes».

¹⁸⁴ Cfr. GINÉS CASTELLET, Núria, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial...*, cit. «...Se trata de una regla claramente inspirada en la que se prevé en la Sección 7.04.3.a) de los principios del American Law Institute para la disolución de la familia. La Sección 7.04.2 se preocupa de dejar muy claro que la ejecutabilidad de un acuerdo prenupcial ha de pasar por un consentimiento informado, libre y consciente (no obtenido bajo coacción o, en general, cualquier vicio del consentimiento). A partir de ahí, los Principios establecen una presunción iuris tantum de prestación libre de consentimiento (not obtained under duress) si se cumplen determinadas circunstancias, entre las cuales, que el pacto se hubiere otorgado al menos treinta días antes de la boda».

referirme a las materias sobre las que pueden versar, por lo que no me detendré nuevamente en ello.

IV. 1. 2 Forma

Veamos ahora los requisitos formales que deben reunir los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. El vacío legal existente en la materia hace que no encontremos ningún pronunciamiento expreso por parte del legislador respecto a la forma que deben adoptar los pactos a los que nos venimos refiriendo, por lo que regirá la regla de libertad de forma (*ex art. 1278 Cc.*¹⁸⁵) que se establece con carácter general en materia de contratos¹⁸⁶. Distinta solución habría que dar si los pactos prematrimoniales adoptados afectaran al contenido propio de las capitulaciones matrimoniales, pues en este caso sí parece que habría que exigir que se levantara documento público¹⁸⁷. No obstante, no es la materia que nos ocupa, y por tanto no profundizaré más en esta cuestión.

En este mismo sentido favorable a la libertad de forma de estos acuerdos viene pronunciándose también la jurisprudencia, y es que como señala Anguita Villanueva¹⁸⁸ ésta «... no se ha cansado de admitir que los acuerdos de los

¹⁸⁵ El art. 1278 Cc. dispone que «*Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*».

¹⁸⁶ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.071. «La ausencia de un pronunciamiento específico del legislador sobre la forma de los acuerdos prematrimoniales determina que en esta materia sea de aplicación la regla de libertad que rige al respecto en materia de contratos. De ahí que deba afirmarse la validez de dichos acuerdos tanto si se celebran en documento público como privado»; DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Requisitos del contrato*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II): Derecho de Obligaciones....* p.362; Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, - RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil: II- Derecho de obligaciones...*, cit., p. 405-406; O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil: Tomo II: Derecho de obligaciones...*, cit., p. 264; y ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de obligaciones y contratos...*, cit., p. 130.

¹⁸⁷ Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Acuerdos prematrimoniales: De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia...*, cit., p. 2; MORENO VELASCO, Víctor, *La validez de los acuerdos prematrimoniales...*, cit., p. 1348; y ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española...*, cit., p. 46.

¹⁸⁸ ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española...*, cit., p. 49.

cónyuges: primero, son validos en documento privado...; segundo requieren para su validez los requisitos esenciales recogidos en el art. 1261 Cc. y tercero, su único límite es no ir en contra de las normas imperativas (STS de 21 de diciembre de 1998, 15 de febrero de 2002, 6 de febrero de 2006 y 17 de octubre de 2007)».

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que aun cuando no se exige que los citados acuerdos se formalicen en escritura pública, es cuanto menos muy conveniente hacerlo, ya que ello permitirá aumentar las garantías de validez del pacto alcanzado al controlar ex ante (por parte del propio Notario) que las partes han prestado libremente el consentimiento. Además de este modo aumentará el valor probatorio del mismo ante un eventual proceso judicial. Esta opinión en cuanto a la conveniencia de participación de un fedatario público en el proceso de formalización del acuerdo es compartida por la mayor parte de autores que han trabajado sobre esta materia¹⁸⁹. Incluso hay algunos de ellos¹⁹⁰ que van más allá en orden a darle mayor fuerza al pacto alcanzado, y entienden

¹⁸⁹ Cfr. PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales...*, cit., p. 7. «En el orden práctico, ciertamente la escritura notarial de por sí, otorga un aval adicional a la formalización de los acuerdos pues la intervención de un fedatario público le dota de unas garantías en cuanto a su forma, estructura y expresión de su contenido del que carecería un pacto suscrito de manera privada. Todo ello sin olvidar el control en cuanto al otorgamiento de un libre consentimiento a través de las debidas informaciones y advertencias por el Notario. Además, la mayor fuerza probatoria en un proceso judicial del instrumento público frente al documento privado es otra de las razones que aconsejan para utilizar la forma de escritura pública»; GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.071 - 1072. «...la importancia que en esta sede tiene la libre formación de la voluntad de las partes conduce, precisamente, a remarcar la relevancia de la forma. A este respecto se considera que la intervención de un fedatario público en la formalización de este tipo de acuerdos les dota de unas garantías en cuanto a su validez de las que carece el pacto suscrito en documento privado. Y es que la escritura pública constituye una garantía no solo de la efectiva concurrencia de los elementos estructurales del pacto sino muy en particular de la libre emisión y formalización del consentimiento; esto último, en razón del deber del notario de proporcionar a las partes la información que, según se ha expuesto con anterioridad, resulta determinante de la inexistencia de vicios de la voluntad»; ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española...*, cit., p. 50. «... Ahora bien, que esta vía para formalizar la negociación entre los futuros esposos esté abierta no significa que lo aconsejable a efectos procesales sea la inclusión de los acuerdos prematrimoniales en escritura pública... »; y GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1660. «...tanto la mayor relevancia probatoria, como la posibilidad, en su caso, de acceso al Registro de la Propiedad, aconsejarán su celebración en escritura pública».

¹⁹⁰ ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española...*, cit., p. 57; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez...*, cit., p. 26.

que convendría no sólo formalizarlo en documento público sino establecer además mecanismos que permitan garantizar la libre formación del consentimiento de las partes. Es el caso también de Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga¹⁹¹ que considera necesario que «...se haga mención en el convenio a que ambas partes han recibido asesoramiento independiente y que, en prueba de ello, se mencione la identidad de los abogados que hayan asesorado a cada uno de los otorgantes e, incluso, que éstos firmen también, el referido documento».

Como ya he señalado cuando me refería a las previsiones del Derecho autonómico en la materia, esta libertad de forma que interpretamos que existe en nuestro Derecho común ante la carencia de regulación específica, no es compartida por el Derecho catalán, que establece preceptivamente que los pactos en previsión de ruptura se formalicen en documento público¹⁹².

Creo que no debemos cerrar este apartado sin hacer una breve mención a la posibilidad de que los citados acuerdos puedan acceder al Registro Civil y al de la Propiedad, obviamente en este último caso siempre que se formalicen en escritura pública. Pues bien, la primera cuestión ha sido excluida por la DGRN en su resolución 4/2003, de 19 de junio¹⁹³, en la que se refiere a unas

¹⁹¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez...*, cit., p. 26.

¹⁹² Art. 231-20.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio: «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en escritura pública».

¹⁹³ La DGRN excluye tal posibilidad en el fundamento de Derecho III de su resolución de 19 de junio de 2003 bajo el siguiente argumento: «Tal y como señala el Juez Encargado la publicidad de estas capitulaciones es totalmente ajena al Registro Civil. El hecho de que el artículo 15 del Código de familia de Cataluña permita que en capitulaciones se puedan establecer pactos en previsión de una ruptura matrimonial no implica que deban ser objeto de publicidad. Las capitulaciones matrimoniales son un contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin fijar el régimen económico del consorcio conyugal siendo este el objeto de la publicidad que brinda el Registro Civil. Dicho de otro modo, en el Registro Civil no se inscriben las capitulaciones matrimoniales en todo caso sino solo aquellas en las que se regula el régimen económico matrimonial, su modificación o su sustitución. No puede pretenderse aplicar a este caso el artículo 77 de la Ley del Registro Civil que regula la indicación, al margen de la inscripción de matrimonio, de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Las capitulaciones pueden contener ‘cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio’ (cfr. art. 1325) como disposiciones que por vía de donación o de cualquier otro acto uno de los esposos hace a favor del otro, o las que les hace un tercero como los ascendientes (donaciones, mejora promesas de mejorar o no mejorar) que en modo alguno son objeto de publicidad

capitulaciones matrimoniales que incluían acuerdos previendo los efectos de una ruptura, pero que puede extrapolarse a los pactos matrimoniales que nos ocupan. En la citada resolución veta expresamente la posibilidad de que los acuerdos cuyo contenido no sea estrictamente el relativo al régimen económico puedan acceder al Registro Civil. En cuanto al acceso de los acuerdos que nos ocupan al Registro de la Propiedad, considero que sí sería posible siempre que se hayan otorgado en documento público y los pactos en cuestión tengan eficacia real.

IV. 2 Límites a la autonomía de la voluntad

Aun cuando se tiende cada vez más a ampliar los márgenes a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, ésta no puede ser ilimitada, y como veremos está sujeta a ciertas restricciones, especialmente cuando choca con materias indisponibles para las partes previstas en el Derecho civil imperativo.

Siguiendo a Víctor Moreno Velasco ¹⁹⁴ clasificaré en tres grupos los límites a los que están sujetos los pactos prematrimoniales celebrados entre los futuros cónyuges: el primero de ello será relativo a los límites relacionados con principios constitucionales , el segundo a los límites a la autonomía de la voluntad que establece con carácter general los arts. 6.2 y 1255 Cc., y el tercero a los límites en relación a los hijos que prevé el art. 90 Cc.

en el Registro Civil, sin perjuicio de que algunas de ellas deban inscribirse en el Registro de la Propiedad. El mismo Código de familia (cfr. art. 17) avala esta interpretación cuando se refiere a la inscripción en el Registro Civil de los capítulos matrimoniales sus modificaciones y ‘demás hechos que modifiquen el régimen económico matrimonial’. Es evidente que los pactos en previsión de una ruptura quedan al margen de la publicidad registral, que como queda dicho(cfr. art. 77 L.R.C.) se limita a la indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal».

¹⁹⁴ Cfr. MORENO VELASCO, Víctor, *El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación...*, cit., p. 4

En cuanto a los límites derivados de nuestra CE, son varios los principios de los que ésta recoge que se pueden ver afectados por los acuerdos que los cónyuges celebren previendo los efectos de una eventual ruptura, y la violación de cualquiera de ellos conllevaría la nulidad del acuerdo alcanzado. En primer principio que conviene traer a colación es el relativo a la plena igualdad entre los cónyuges, que encuentra cobertura en los arts. 32.1 y 14 de nuestra Carta Magna¹⁹⁵, y que como pone de manifiesto Moreno Velasco¹⁹⁶ tiene su reflejo en los arts. 66 y 1328 de nuestro Código Civil¹⁹⁷. Otro de los principios a los que debemos referirnos es el relativo a la protección de los hijos menores, previsto en el art. 39.2 CE¹⁹⁸. También debemos hacer mención al relativo a la protección de la familia (art. 39.1 CE¹⁹⁹), e incluso el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) podría verse afectado en la medida en que los acuerdos alcanzados por los futuros cónyuges puedan perjudicar a terceros.

A continuación me referiré a los límites a la autonomía de la voluntad que establecen con carácter general los arts. 6.2²⁰⁰ y 1255²⁰¹. Cc. Comenzaré refiriéndome al segundo de los citados preceptos, que marca como límites la

¹⁹⁵ El art. 32.1 señala que «*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*». Por su parte el art. 14 CE recoge con carácter general el principio de igualdad en los siguientes términos: «*Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».

¹⁹⁶ MORENO VELASCO, Víctor, *El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación...*, cit., p. 4

¹⁹⁷ El art. 66 Cc. dispone que «*los cónyuges son iguales en derechos y deberes*». Por su parte el art. 1328 señala que «*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*».

¹⁹⁸ Art. 39.2 CE: «*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil...*».

¹⁹⁹ El art. 39.1 CE dispone que «*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*».

²⁰⁰ Art. 6.2 Cc.: «*La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contrarién el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*».

²⁰¹ El art. 1255 Cc. dispone que «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*».

ley, la moral y el orden público. En cuanto a la Ley, se está refiriendo obviamente a las leyes civiles imperativas²⁰², que como viene a señalar de Pablo Contreras²⁰³ son las menos en el Derecho privado. En ocasiones no es fácil determinar si nos encontramos ante una norma imperativa o dispositiva²⁰⁴. Cuando la propia norma establece su carácter imperativo o dispositivo no habrá mayor problema en determinar si cabe o no pacto en contrario, pero como pone de manifiesto Moreno Velasco²⁰⁵, la diferenciación entre normas imperativas y dispositivas no es tajante, pues «... entre las normas rigurosamente imperativas y las meramente dispositivas existe una amplia zona en la que se insertan buena parte de las normas de derecho privado». Por ello habrá que discernir en cada caso si nos encontramos ante una norma imperativa o dispositiva, y a tal efecto, y siguiendo al citado autor, habrá que acudir a los criterios finalista y sistemático²⁰⁶, de tal modo que cabrá pacto en contrario de lo dispuesto en una norma siempre que con ello no se altere la finalidad de la propia norma ni de otras que estén conectadas con ésta. En cuanto a la moral, se está refiriendo a las buenas costumbres²⁰⁷, y al respecto considero acertada la definición que da de

²⁰² Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Las normas jurídicas de Derecho privado*. En: DE PABLO CONTRERAS, Pedro (coord.), *Curso de Derecho Civil (I): Derecho privado. Derecho de la persona*, COLEX, 2008, 3^a Ed. p. 79. «Son imperativas las normas cuando se imponen siempre y en todo caso, cualquiera que sea la voluntad de los afectados por ellas; son dispositivas, en cambio, cuando sus prescripciones pueden ser desplazadas por las declaraciones de voluntad que, con eficacia jurídica, emitan aquéllos».

²⁰³ *Ibidem*, p. 79 «... en Derecho privado hay normas de ambas clases: dispositivas e imperativas. Sin embargo, sí que puede considerarse característico del Derecho privado el carácter en general dispositivo de la imposición de las normas a los sujetos destinatarios del mandato que en todo caso aquéllas incorporan».

²⁰⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., *Elementos de Derecho Civil: I- Parte general. Volumen I. Introducción*, Dykinson, Madrid, 2012, 5^a Ed. (Actualizado por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús), p. 112.

²⁰⁵ MORENO VELASCO, Víctor, *El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación...*, cit., p. 6

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 6. «...lo interesante, y a la vez complejo es descubrir las normas situadas en lo que podríamos llamar zonas oscuras de imperatividad. En estos casos habría que acudir a la finalidad de la norma (criterio finalista) y a otras normas del sistema jurídico conectadas con la interpretada (criterio sistemático), para determinar dos cuestiones: a) si es posible el pacto respecto a dicha cuestión b) en caso afirmativo, hasta donde puede llegar el pacto y qué contenido es inderogable por la voluntad de los cónyuges».

²⁰⁷ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Contenido y eficacia del contrato*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II): Derecho de Obligaciones....*, cit., p. 419. «la moral...

ella Díez Picazo²⁰⁸ como «...el conjunto de convicciones de ética social imperantes en un determinado momento temporal y con carácter general en la comunidad jurídica». De acuerdo a ello habrá que atender al momento histórico concreto en que nos encontremos para determinar cuáles de estas convicciones sociales actuarán como límite a lo acordado por las partes. Por último, respecto al orden público, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que en la práctica se asimila a las normas imperativas²⁰⁹, y considero que con la referencia al mismo se pretende dar entrada a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, tales como la libertad, la igualdad o la protección de los menores²¹⁰. Obviamente el acuerdo alcanzado carecerá de validez si viola alguno de estos principios fundamentales que presiden nuestro Derecho. También incluía dentro de este grupo los límites derivados de lo dispuesto en el art. 6.2 Cc., que reincide en el respeto al orden público y exige además que el acuerdo adoptado no perjudique a terceros. Pues bien, ésta última cuestión será abordada con mayor detalle en el siguiente apartado, dónde me referiré a los requisitos de eficacia y exigibilidad que deben reunir los acuerdos prematrimoniales que nos ocupan.

Para cerrar esta clasificación me referiré a los límites derivados del perjuicio a los hijos o a uno de los cónyuges, previstos en el art. 90 de nuestro

constituye el límite ético de la autonomía privada; equivale a las buenas costumbres de que hablan otros preceptos... La doctrina lo reconduce mayoritariamente a los criterios éticos o morales socialmente dominantes».

²⁰⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *Comentario al art. 1255 Cc.*, en AAVV., *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, p. 430 y ss.

²⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., - RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil: II- Derecho de obligaciones...*, cit., p. 367. «... cuando se trata de precisar más, se advierte la asimilación del orden público, en la práctica, con las leyes imperativas y prohibitivas y los principios en que ellas se inspiran y que de ellas se deducen.

²¹⁰ Cfr. O'CALLAGHAN ,Xavier, *Compendio de Derecho Civil: Tomo II: Derecho de obligaciones...*, cit. p 216. «el mismo artículo 1255 establece en orden público como límite a la autonomía de la voluntad. Su concepto es discutido y variable, pero se puede calificar como aquel tipo de normas que alcanzan un valor preferente dentro del Ordenamiento jurídico».

Código²¹¹. Ya veíamos cuando nos referíamos a los pactos prematrimoniales relativos a los hijos que la protección de los menores es una materia que podríamos englobar dentro del orden público y forma parte nuestro Derecho imperativo²¹². Como señala Pinto Andrade²¹³ «...dentro de las normas del "ius cogens", el principio "favor filii" descolla como el límite de mayor importancia contra la validez y eficacia de los acuerdos en previsión de la ruptura matrimonial». Aunque considero que no debemos excluir por ello cualquier acuerdo que en mayor o menor medida pueda afectar a los menores, sí es cierto que el juez deberá ser especialmente cuidadoso a la hora de atestiguar que no se haya sobrepasado el citado límite poniendo a éstos en situación de desprotección o contraviniendo sus intereses. En cuanto al posible perjuicio grave para uno de los cónyuges, cabe señalar que el juez no deberá aprobar el acuerdo alcanzado si se demuestra que perjudica gravemente a una de las partes²¹⁴. A mi juicio este límite debe ser considerado de forma muy restrictiva en la materia que nos ocupa, ya que una vez constatado que el pacto celebrado reúne los requisitos de validez a los que nos hemos referido, que las partes contaban con la capacidad necesaria para contratar y que han emitido libremente el consentimiento, considero que sólo cabría invalidarlo si objetivamente se pudiese demostrar la existencia de un claro perjuicio para uno de los ellos, y sólo en la parte que efectivamente le perjudique²¹⁵.

²¹¹ El art. 90 Cc. dispone que «...Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges...».

²¹² Cfr. MARTÍNEZ Novo, Susana, *Claves para la validez y eficacia de los contratos y acuerdos prematrimoniales...*, cit., p. 38. «...en España el Derecho de Familia, en su vertiente de conjunto normativo destinado a proteger los intereses de los menores - miembros más desprotegidos del núcleo familiar - excede de la esfera de la autonomía de la voluntad de las partes para formar un conjunto de Derecho de carácter público o *ius cogens*, que constituye un óbice a la libertad absoluta de pactos entre los miembros de la pareja».

²¹³ PINTO ANDRADE, Cristóbal, La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales..., cit.

²¹⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE ALDAZ, Carlos, *Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia...*, p. 172; y LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., - RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil: IV- Familia...*, cit., p. 96.

²¹⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., - RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil: IV- Familia...*, cit., p. 96.

Considero que debe hacerse una mención especial a los límites que afectan específicamente a la renuncia a la pensión por desequilibrio económico, que como hemos visto es el principal contenido que suelen presentar los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. A tenor de lo dispuesto en el art. 6.2 Cc., para que la renuncia a la Ley aplicable sea válida es necesario que no contrarie el interés o el orden público y no perjudique a terceros. Respecto a la primera de las cuestiones, relativa al interés o el orden público, como pone de manifiesto Gaspar Lera ²¹⁶ «...habrá que considerar nulo por vulnerar el orden público el acuerdo prematrimonial de renuncia que atente contra los derechos fundamentales de los cónyuges o que suponga un quebrantamiento del principio de igualdad de éstos (art. 32 CE y arts. 66 y 1328 Cc. ²¹⁷)». Estas son dos cuestiones que hay que tratar por separado. En cuanto a la posibilidad de que la renuncia atente contra los derechos fundamentales de uno de los cónyuges, entiendo que se produciría en aquellos casos en los que como consecuencia de la renuncia, el renunciante quede en una situación de desamparo tal que le impida siquiera cubrir sus necesidades más básicas de subsistencia. En este caso será el juez el que deberá verificar si la renuncia ha causado un grave perjuicio al renunciante, en cuyo caso deberá restablecer la compensación por desequilibrio económico, ya sea en todo o en parte ²¹⁸. En cuanto a la segunda cuestión, es decir, si podría verse afectado el principio de igualdad de los cónyuges, siguiendo a Gaspar Lera ²¹⁹, considero que el hecho

²¹⁶ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.064.

²¹⁷ El artículo 32 CE dispone en su párrafo primero que «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*». Por su parte, el art. 66 Cc. prevé que «*Los cónyuges son iguales en derechos y deberes*». Por último, el art. 1328 Cc. señala que «*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*»..

²¹⁸ Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1662

²¹⁹ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.064. ... «no creo que la igualdad deba interpretarse en el sentido de ser necesaria la renuncia a la compensación por parte de ambos cónyuges. A este respecto debe ponerse de relieve que la referida prestación por desequilibrio puede corresponder potencialmente a cualquiera de los consortes, pero sólo se reconoce efectivamente a uno de éstos; en consecuencia, la renuncia por quien es evidente que no va a tener

de que sólo uno de los cónyuges haya renunciado a recibir compensación por desequilibrio económico en caso de ruptura matrimonial no supone en sí mismo una vulneración del principio de igualdad, ya que no tendría mucho sentido exigir para que la renuncia sea válida que tuviera que renunciar también aquél que ya de antemano se sabe que no va a tener derecho a percibirla. Dicha vulneración sólo se produciría, como afirma a mi juicio con buen criterio, la Audiencia Provincial de Córdoba en su Sentencia de 11 de febrero de 2003 ²²⁰, cuando el abono de la compensación se dejase al arbitrio de una de las partes. De cualquier manera, sólo en estos dos casos podría considerarse nula la renuncia a la compensación por desequilibrio económico por contrariar el orden o interés público, pues si tenemos en cuenta que con carácter general ésta afecta únicamente a los intereses patrimoniales de los cónyuges, difícilmente podría considerarse que vulnera el orden público más allá de atentar contra los derechos fundamentales de los cónyuges o contra la igualdad de éstos.

En cuanto al segundo de los límites previstos por el art. 6.2 del Cc. para admitir la validez de la renuncia a la compensación por desequilibrio económico, exige el precepto que con la citada renuncia no se cause un perjuicio a terceros. Esta cuestión será examinada en el apartado siguiente, en el que me referiré a la eficacia y exigibilidad de los pactos prenupciales.

derecho a ella carece de toda trascendencia práctica, de modo que la realizada únicamente por el otro no cabe traducirla en una quiebra de la igualdad conyugal».

²²⁰ La Sentencia de 11 de febrero de 2003 de la Audiencia Provincial de Córdoba señala que «...la consecuencia no debe ser otra que la de considerar que dicha cláusula -moduladora no sólo de la pervivencia de la pensión, sino de los criterios para la apreciación de una variación sustancial de las circunstancias- es nula. En efecto, deja la virtualidad del pacto de abonar una pensión compensatoria al arbitrio de la esposa, quién siempre tendrá la posibilidad de rechazar un trabajo que suponga una remuneración superior al límite del abono, pero que implique una percepción global inferior al suprimirse, por aquella circunstancia, la pensión compensatoria».

IV. 3 Eficacia y exigibilidad de los pactos prenupciales

Un acuerdo que en principio es válido por concurrir en él los requisitos de validez que hemos visto y no sobrepasar ninguno de los límites previstos, puede sin embargo devenir ineficaz. Con carácter general son dos los supuestos que pueden dejar sin efecto el pacto alcanzado: que se produzca una alteración relevante de las circunstancias o bien que perjudique a terceros²²¹. Como veíamos cuando nos referíamos a la legislación autonómica en la materia, el Derecho catalán, en el art. 231-20.5 de la Ley 25/2010, recoge expresamente aquellos supuestos en los que los acuerdos adoptados carecerán de eficacia y por tanto no desplegarán sus efectos. En nuestro Código Civil no encontramos regulación específica de los pactos prenupciales, por lo que nuevamente habrá que atender a las normas generales de contratación.

Por tanto el primer supuesto en el que el pacto prenupcial podrá quedar sin efectos tendrá lugar si se produce una alteración sustancial de las circunstancias entre el momento de suscripción del acuerdo y aquél en el que se invoca su cumplimiento podrá dejarlo sin efectos²²². Aun cuando como ya he señalado en nuestro Derecho común no encontramos regulación específica al respecto, una alteración relevante de las circunstancias podrá hacer que el contrato devenga ineficaz como consecuencia del principio *rebus sic stantibus*²²³.

²²¹ Cfr. MORENO VELASCO, Víctor, *La validez de los acuerdos prematrimoniales*, cit., p. 1348.

²²² GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.047. «... Y siendo acuerdos válidos, su ineficacia podrá justificarse por aplicación de la doctrina de la alteración sobrevenida de las bases objetivas del convenio suscrito entre los cónyuges (*rebus sic stantibus*)».

²²³ Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, J. Manuel, *La modificación del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1992. «La cláusula *rebus sic stantibus* es aquella cláusula sobreentendida, en los negocios jurídicos, por virtud de la cual, si sobrevenía un cambio importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes al celebrarlo, podía el obligado resolver el negocio jurídico que se había hecho demasiado oneroso» ; GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.065. «Como es sabido, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* presupone, en orden al equilibrio adecuado entre lo que las partes pactaron y la necesidad de dar respuesta a la alteración de las circunstancias, que la alteración sea sobrevenida e imprevisible y que resulte extremadamente oneroso el cumplimiento para uno de los contratantes...».

Ahora bien, como pone de relieve Martínez de Aguirre «el TS ha sido muy cauteloso al admitir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, y solo lo ha hecho estableciendo serias precauciones que hagan posible su empleo únicamente en los casos más graves»²²⁴.

A tal efecto será necesario comprobar que las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su otorgamiento no han cambiado. Respecto a esta función de control, como manifiesta Gaspar Lera²²⁵, «corresponde a la autoridad judicial (*ex art. 90 Cc.*) comprobar que no ha habido un cambio sustancial de las circunstancias determinante de un grave perjuicio para alguno de los cónyuges o de un daño para los hijos como consecuencia de lo estipulado».

En cuanto a los elementos que el juez debe tener en cuenta a la hora de apreciar la citada alteración de las circunstancias García Rubio²²⁶ señala los siguientes: «... a efectos de reconocer cuando se produce tal situación de inexigibilidad es importante tomar en consideración el tiempo transcurrido entre la celebración y la reclamación de cumplimiento del pacto, así como la presencia o no de hijos o de otras personas dependientes de uno o ambos

²²⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Modificación del contrato*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II): Derecho de Obligaciones...*, cit., p. 467-468. «En lo fundamental, la doctrina del TS sobre la cláusula *rebus sic stantibus* puede ser sintetizada con las siguientes palabras, procedentes de la emblemática sentencia de 17 de mayo de 1957: "A) que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; B) que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por la jurisprudencia; C) que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) en cuanto a sus efectos, hasta el presente se ha negado los rescisarios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones"....».

²²⁵ GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.057.

²²⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Acuerdos prematrimoniales: De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia...*, cit., p.4.

cónyuges, la aparición de enfermedades inesperadas y otras eventualidades similares».

Nuestros tribunales vienen pronunciándose en este mismo sentido, considerando que un acuerdo que en principio sea válido puede devenir ineficaz si se produce una alteración sustancial de las circunstancias. A modo de ejemplo, la AP de Granada en su Sentencia de 14 de mayo de 2001 (AC/2001/1599) parte de esta premisa trayendo a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico ²²⁷. En los mismos términos se pronuncia la AP de Madrid en su Sentencia de 27 de febrero de 2007 (EDJ 2007/52806), también basándose en la teoría de la base objetiva del negocio ²²⁸. Ahora bien, no cualquier cambio en las circunstancias será suficiente para dejar sin efectos el acuerdo alcanzado, sino que éste tiene que ser relevante. Al respecto, y como ya se ha señalado anteriormente, el TS ²²⁹ viene señalando que la aplicación del principio *rebus sic stantibus* debe admitirse muy cautelosamente, y exige una alteración sobrevenida, imprevisible y extraordinaria de las circunstancias ²³⁰.

El acuerdo alcanzado no sólo devendrá ineficaz cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias, sino que tampoco desplegará sus efectos cuando de hacerlo se perjudique a un tercero. Estos terceros bien pueden ser los hijos, o los acreedores del renunciante de un determinado derecho o prestación económica, la persona que se viera obligada a prestarle alimentos o incluso la Administración sí se viera obligada a cubrir las necesidades de éste ²³¹. En caso de que el daño a terceros se haya producido

²²⁷ La AP de Granada señala que «... se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico... que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento».

²²⁸ Cfr. GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales...*, cit., p. 1.067.

²²⁹ Cfr. STS de 17n de mayo de 1957, STS de 25 de enero de 2007, STS de 29 de mayo de 1996, STS de 10 de febrero de 1997, STS de 15 de noviembre de 2000, STS de 27 de mayo de 2002, STS de 21 de marzo de 2003 (entre otras).

²³⁰ Cfr. ZARRALQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez...*, cit., p. 24.

conscientemente los perjudicados estarían legitimados para solicitar su nulidad absoluta²³². En caso contrario, es decir, aun cuando el citado daño se hubiera producido de forma inconsciente, los acreedores podrán ejercitar la acción revocatoria o pauliana²³³, prevista en el art. 1.111 Cc.²³⁴, y por tanto dejar sin efectos el acuerdo al que nos referimos. En todo caso la citada acción tiene carácter subsidiario, y sólo cabe cuando no dispongan de otro recurso. Respecto al plazo para su ejercicio, de acuerdo a lo previsto en el art. 1.299 Cc.²³⁵ la acción para pedir la rescisión del contrato por este motivo prescribe a los cuatro años²³⁶. Los efectos de la interposición de la citada acción son los previstos en el art. 1.295 Cc.²³⁷, aunque como señala Pérez Álvarez²³⁸ «...no se discute que la ineffectuación sólo se produce en la medida necesaria para que el acreedor pueda satisfacer su derecho de crédito». En cuanto a aquellos terceros que carezcan de

²³¹ Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Acuerdos prematrimoniales: De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia...*, cit., p.4; y *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, cit., p. 1671-1673.

²³² Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil (Volumen II): El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Tecnos. 2001, 9^a Ed. p. 90 «... si son conscientes de que a través del contrato lesionan un derecho ajeno, es un contrato con causa ilícita, el perjudicado estaría legitimado en todo caso para solicitar su nulidad absoluta»; y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario y VERDERA SERVER, Rafael (coords.), *Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, 10^a Ed. p. 273. «...cuando el daño a un tercero constituya un propósito común a ambas partes, estaríamos ante una causa ilícita, por lo que dicho contrato es nulo, pudiendo pedir que sea declarada su ineffectuación cualquier interesado, que bien podría ser ese tercero perjudicado».

²³³ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al.*, - RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil: II- Derecho de obligaciones...*, cit., p. 238. «A la vista del art. 1.111 Cc. (segunda parte) se puede definir como el poder jurídico concedido al acreedor para impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho, cuando el patrimonio del deudor sea insuficiente para la satisfacción del crédito»; y PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La protección del crédito*. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II): Derecho de Obligaciones...*, cit., p. 233-234.

²³⁴ El art. 1.111 Cc. señala que «*Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho*».

²³⁵ Art. 1299 Cc. «*la acción para pedir la rescisión dura cuatro años...*».

²³⁶ Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La protección del crédito...*, cit., p. 233-234

²³⁷ Art. 1.295 Cc. «*La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses...*».

²³⁸ *Ibidem*, p. 237.

la condición de acreedor, podrán exigir a las partes otorgantes del acuerdo el resarcimiento de los daños que éste les hubiera causado, ello con base a lo dispuesto en el art. 1902 Cc²³⁹.

²³⁹ Art. 1902 Cc. «*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».*

CONCLUSIONES

PRIMERA: España ha experimentado un enorme incremento en el número de divorcios durante los últimos años, situación que se ha visto agravada tras la promulgación de la Ley 15/2005, que suprimió la necesidad de alegar causa alguna para instar el divorcio y eliminó la existencia de un plazo de reflexión. Ante esta nueva realidad en la que la ruptura matrimonial no es vista como algo remoto, sino como una situación posible e incluso probable si atendemos a las estadísticas, los futuros cónyuges desean cada vez más prever de antemano los efectos que conllevará la citada ruptura, especialmente aquellos que han pasado ya por un proceso de divorcio y han experimentado las consecuencias negativas del mismo. Para ello han surgido los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, cuya finalidad es que los futuros cónyuges puedan determinar anticipadamente los efectos que tendría una hipotética ruptura del matrimonio. Además el hecho de suscribir este tipo de acuerdos no significa que la pareja prevea divorciarse, sino que simplemente quiere prever las consecuencias en caso de que se produzca la eventual ruptura.

SEGUNDA: Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura tienen un origen relativamente reciente, y es en el Derecho anglosajón, y más concretamente en EEUU, donde encontramos el precedente más directo. Desde el punto de vista de su regulación, marca un punto de inflexión relevante la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, celebrada en 1983 en Boca Ratón (Florida), que aprobó la *Uniform Premarital Agreement Act* (UPAA), a partir de la cual comenzaron a admitirse con carácter general los denominados *Premarital Agreements*. Además de la UPAA, han tenido una gran importancia en la evolución de estos acuerdos en el Derecho norteamericano los *Principles of the Law of Family Dissolution: Análisis and Recommendations* (PFD), publicados en el año 2002 por *The American Law Institute*. Aun cuando éstos carecen de valor normativo directo, han influido notablemente en las resoluciones adoptadas por

los Tribunales de los diferentes Estados. En cuanto al derecho inglés, la recepción de este tipo de acuerdos se ha producido a través de distintos pronunciamientos de los Tribunales. Respecto a los Derechos alemán e italiano, mientras el primero comienza a otorgar validez a estos acuerdos, el segundo excluye expresamente esta posibilidad.

TERCERA: Los pactos prenupciales en previsión de ruptura del matrimonio suponen una novedosa figura en nuestro Derecho de familia, y precisamente este carácter novedoso hace que carezcan de un marco legal específico. Ahora bien, que el Cc. no se refiera expresamente a estos acuerdos no significa que no quepan en él. El vacío legal existente en la materia no ha impedido que jurisprudencia y doctrina se hayan pronunciado mayoritariamente en favor de la admisibilidad de los acuerdos en previsión de ruptura, reconduciéndolos a las normas previstas con carácter general en sede de contratos para determinar las condiciones de validez y eficacia de los mismos. Semejante es la situación en nuestros Derechos autonómicos, siendo escasas las CCAA que han establecido un marco específico para esta clase de pactos, ya que a excepción de Cataluña, sólo encontramos breves referencias que con matices pueden extrapolarse a los acuerdos que nos ocupan. Dentro del Derecho catalán es sin duda donde encontramos el mayor avance en la fijación de un marco jurídico para los pactos prenupciales.

CUARTA: Nuestros Tribunales no se han pronunciado expresamente sobre la validez de los acuerdos que nos ocupan. Sin embargo sí encontramos en nuestro Tribunal Supremo numerosas referencias a la autonomía de la voluntad de los cónyuges y a la posibilidad de que éstos celebren válidamente acuerdos privados, dotándolos con carácter general de validez y eficacia. Además en nuestra jurisprudencia menor encontramos algunos pronunciamientos acerca de la posibilidad de prever anticipadamente los efectos de una eventual ruptura, y nuevamente parece que la tendencia es a admitir su validez.

QUINTA: Los contenidos que pueden presentar los acuerdos prematrimoniales son diversos, y requieren un estudio individualizado.

1. Los acuerdos relativos a las causas de separación o divorcio son de dudosa admisibilidad en nuestro Derecho. Una solución bastante razonable que permitiría a los cónyuges mantener el nivel de compromiso que tradicionalmente ha ido ligado al matrimonio sería que el legislador estableciera junto al matrimonio soluble, otro sometido a causas tasadas de separación o divorcio, pudiendo los futuros cónyuges optar entre uno u otro, de manera semejante a como ocurre en algunos Estados Norteamericanos.

2. Los acuerdos prematrimoniales que entre su contenido incluyen el deber de abonar una indemnización al otro cónyuge por parte de aquél que insta la separación o el divorcio pueden ser perfectamente válidos y admisibles en nuestro Derecho, y quedarían amparados por la autonomía de la voluntad de los cónyuges siempre que reunieran los requisitos de validez que todo contrato requiere y no sobrepasaran los límites previstos legalmente.

3. La posibilidad de que el acuerdo prematrimonial celebrado por los futuros cónyuges pueda utilizarse como convenio regulador en caso de que se produzca una eventual ruptura por separación o divorcio es objeto de un juicio doctrinal favorable, y puede resultar incluso conveniente, ya que la buena relación entre las partes que caracteriza al tiempo previo a la celebración del matrimonio hace que éste pueda ser un momento óptimo para abordar estas cuestiones. Para que esta posibilidad pueda producirse es necesario que el acuerdo prematrimonial adoptado incluya en su contenido todos los aspectos exigidos en el art. 90 Cc., cuente con la necesaria homologación judicial, y no sobrepase los límites previstos en el citado precepto.

4. Las cuestiones que más controversias ha generado en nuestra jurisprudencia menor y nuestra doctrina han sido las que tienen que ver con la compensación por desequilibrio económico y más en concreto con las relativas a

la renuncia de ésta. Nadie duda ya de que nos encontramos ante un derecho de carácter dispositivo, y sobre el que por tanto cabe renuncia, aunque ni nuestros Tribunales ni nuestra doctrina se ponen de acuerdo sobre la posibilidad de que la citada renuncia se lleve a cabo antes de que se produzca la ruptura, momento en el que el derecho a percibir la compensación por desequilibrio todavía no ha nacido. La mayor parte de autores que se han pronunciado sobre esta cuestión se muestran favorables a su admisibilidad, aunque hay quienes se oponen a ello, basándose igualmente en el argumento de que no se puede renunciar a un derecho que todavía no se ha adquirido. En mi opinión nos encontramos ante un supuesto de renuncia a la Ley aplicable, amparado por el art. 6.2 Cc., de forma que no habría problema en admitir la validez de la renuncia previa a la compensación a la que nos referimos. En cualquier caso debe permitirse que sean las partes las que decidan sobre el futuro establecimiento de esta pensión y resto de derechos de carácter dispositivo y la renuncia a los mismos cuando estimen conveniente. La renuncia a la prestación por desequilibrio económico u otros derechos no debe ser eficaz si el renunciante queda con ello en una situación de desamparo, ya que supondría trasladar al gasto público la manutención de esa persona.

5. En cuanto a la renuncia anticipada a la compensación por el trabajo para la casa que prevé el art. 1438 Cc., se trata nuevamente de un supuesto de renuncia a la Ley aplicable por parte de los futuros cónyuges que, teniendo en cuenta que el contenido del art. 1348 Cc. es claramente dispositivo, quedaría amparada por lo dispuesto en el art. 6.2 Cc.

6. Los pactos relativos al uso del domicilio conyugal tras la separación o el divorcio, en caso de que no existan hijos, deben gozar de plena validez y eficacia, pues estamos ante una materia dispositiva sobre la que a tenor de lo dispuesto en el art. 96 Cc. priman los acuerdos alcanzados por las partes. Tampoco el hecho de que haya hijos debe suponer una razón para excluir de plano esta posibilidad, aunque sí es una circunstancia que obviamente debe tenerse muy en cuenta a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar.

Deberá ser el juez el que en cada caso decida la conveniencia o no de dar eficacia al acuerdo alcanzado.

7. Los acuerdos relativos a los menores o incapacitados estarían encuadrados en su mayor parte dentro del Derecho imperativo, sobre el que las partes no pueden disponer libremente. Queda descartada la posibilidad de que alguno de los progenitores renuncie a la titularidad de la patria potestad, pero sí cabría admitir un acuerdo con otros contenidos que afecten a los hijos menores o incapacitados del matrimonio. Por ejemplo cabría un pacto por el que los futuros cónyuges fijaran anticipadamente como será el régimen de custodia y visitas sobre sus hijos en caso de que se produzca una eventual ruptura. Respecto a la posibilidad de excluir o cuantificar de antemano la obligación de alimentos que debería asumir el cónyuge no custodio a sus hijos menores en caso de ruptura matrimonial, hay que atender a las normas previstas con carácter general en materia de alimentos, que lo configuran como un derecho personalísimo e irrenunciable, y sobre el que por tanto no pueden disponer los futuros cónyuges. Cuestión distinta sería cuantificar previamente el abono de la pensión de alimentos, lo que sería admisible siempre que el juez compruebe que el acuerdo no vulnera lo dispuesto en el art. 146 Cc., es decir, que la cuantía fijada sea suficiente para atender las necesidades del menor y acorde a la capacidad económica del alimentista.

8. En cuanto a los pactos relativos a la vida futura de los cónyuges tras la separación o el divorcio, no cabe adoptar acuerdos que limiten la vida futura de los cónyuges, aunque sí cabrían aquellos que condicionaran el disfrute de algún derecho precisamente al desarrollo de dicha vida futura.

SEXTA: Respecto a los pactos en previsión de la nulidad del matrimonio, deben distinguirse por un lado aquellos supuestos en los que quien invoca el acuerdo era conocedor de la causa de nulidad del matrimonio en el momento de la celebración del acuerdo, en cuyo caso el pacto alcanzado será anulable por

haber sido celebrado con error por parte de uno de los otorgantes; y por otro aquéllos en los que ambas partes desconocían la existencia de una causa de nulidad, en los que a mi juicio el acuerdo gozaría de plena validez. Esta última solución debe darse también en el supuesto de que ambos conocieran la concurrencia de una causa de nulidad, ya que en ese caso no cabría hablar de la existencia de error de ningún tipo.

SÉPTIMA: En lo que se refiere a los requisitos de validez que deben reunir los acuerdos prematrimoniales habrá que atender a las normas previstas con carácter general en sede de contratos, es decir, gozarán de validez siempre que concurran en ellos los elementos constitutivos de todo contrato (consentimiento, objeto y causa).

No habiendo ningún pronunciamiento expreso por parte del legislador respecto a la forma que deben adoptar estos pactos, rige la regla de libertad de forma (ex art. 1278 Cc.) que se establece con carácter general en materia de contratos. Aunque sería conveniente la escritura pública para garantizar la libre prestación del consentimiento, no parece que deba exigirse hasta el punto de no otorgar validez a un acuerdo privado en este sentido (siempre que no afectaran al contenido propio de las capitulaciones matrimoniales). Cabría exigir cuando menos la forma escrita.

OCTAVA: Los acuerdos prematrimoniales están limitados por la ley, la moral y el orden público (art. 6.2 y 1255 Cc.), así como el posible perjuicio a los hijos o a uno de los cónyuges. Tiene especial relevancia el límite relativo a la protección de los derechos de los menores e incapaces, aunque ello no quiere decir que deba negarse la validez de cualquier acuerdo relativo a los menores, ya que los padres, mucho mejor conocedores de la situación de éstos que un juez, normalmente podrán adecuar en mayor medida los efectos de la ruptura a los intereses de los menores. No deberá alterarse el acuerdo alcanzado por las

partes salvo que exista un perjuicio objetivo a los hijos menores o incapaces del matrimonio.

NOVENA: Un acuerdo que en principio es válido por concurrir en él los requisitos de validez y no sobrepasar ninguno de los límites previstos, puede sin embargo devenir ineficaz, bien porque se produzca una alteración relevante de las circunstancias entre el momento de suscripción del acuerdo y aquél en el que se invoca su cumplimiento, o bien porque éste perjudique a terceros.

DÉCIMA: La validez de estos acuerdos debe ser admitida, pues no son sino fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, que como garantes de sus propios intereses se encuentran en la mejor posición para regular estas cuestiones. Debe primar en todo caso la libertad de las partes para regular libremente las cuestiones que les afecten, siempre que no se vulneren los límites previstos o se perjudique a terceros.

UNDÉCIMA: El legislador debe atender con urgencia a esta nueva realidad, y dotar a los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura de un marco jurídico específico que reconozca la validez y eficacia de éstos, y permita conocer con exactitud el alcance que pueden tener, las materias sobre las que pueden versar y los límites a los que quedan sujetos.

En una hipotética regulación de esta figura deberían a mi juicio preverse otros requisitos, además de los generales de cualquier contrato, como la obligación de que se formalicen por escrito, o el establecimiento de mecanismos que garanticen que las partes cuentan con suficiente información sobre la capacidad económica y patrimonio de su consorte, para lo que sería conveniente que contaran con asesoramiento legal independiente. Así mismo convendría, como ocurre en la legislación catalana, que se estableciera la obligación de que transcurriera un determinado tiempo desde que se formaliza

el acuerdo hasta que se celebra el matrimonio, con objeto de ampliar las garantías de que el consentimiento ha sido emitido libremente.

BIBLIOGRAFÍA

ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española.* En: Nul. Estudios sobre validez e ineeficacia. nº 1- 2010. <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806> (fecha última consulta: 13/06/2013).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, 2006, 2^a Ed.

CASTILLA BAREA, Margarita, *Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio: VI. Breve referencia a otros pactos y acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial.* En: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (coords.), *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. II. Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2011, 1^a Ed. p. 374-377.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, *La privación de la patria potestad: Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, 2^a Ed.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro (coord.), *Curso de Derecho Civil (I): Derecho privado. Derecho de la persona*, COLEX, 2008, 3^a Ed.

DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil (Volumen IV): Derecho de Familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, 2006, 10^a Ed.

DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil (Volumen II): El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual.* Tecnos, 2001, 9^a Ed.

FERNÁNDEZ HIERRO, J. Manuel, *La modificación del contrato:* Aranzadi, Pamplona, 1992.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, *et al., El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?:* Thomson Aranzadi, Madrid, 2007.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *Acuerdos prematrimoniales: De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia.* En: Ponència a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa. Segona Ponéncia: Les relacions econòmiques en la crisi familiar. <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/mpgr.htm> (fecha última consulta: 13/06/2013)

GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil.* En: Anuario de Derecho Civil, Vol. LVI, fascículo 3. Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica) e imprenta nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003. p. 1.653-1.673.

GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad.* En: Anuario de Derecho Civil Vol. LXIV, fascículo 3. Ministerio de Justicia (centro de

publicaciones) y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2011. p. 1.041-1.074.

GASPAR LERA, Silvia, *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés: validez, eficacia y discrecionalidad judicial*. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho. Barcelona: 2012. http://www.indret.com/pdf/913_es.pdf (fecha última consulta: 13/06/2013)

GASPAR LERA, Silvia, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*. XXII Jornadas Ius Familiae. Facultad de Derecho . Universidad de Zaragoza, 2013.

GINÉS CASTELLET, Núria, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos preruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña*. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 727. Septiembre 2011. p. 2577-2620. <http://vlex.com/vid/330004175> (fecha última consulta: 19/05/2013)

GINÉS CASTELLET, Núria, *Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho Civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia*. En: La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña (Enero 2011). <http://vlex.com/vid/381987962> (fecha última consulta: 19/05/2013)

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Eficacia general de las normas jurídicas*. En: DIEZ-PICAZO, Luis (*et al.*), Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993. p. 33-37.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., *Elementos de Derecho Civil: IV- Familia.* Dykinson, Madrid, 2010, 4^a Ed. (Actualizado por RAMS ALBESA, Joaquín).

LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., *Elementos de Derecho Civil: II- Derecho de obligaciones. Volumen primero: Parte General. Teoría general del contrato.* Dykinson. Madrid, 2003, 3^a Ed. (Actualizado por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco).

LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., *Elementos de Derecho Civil: I- Parte general. Volumen I. Introducción.* Dykinson. Madrid, 2012, 5^a Ed. (Actualizado por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús).

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *La patria potestad: voluntad del titular.* Universidad de Valladolid, 1982.

MARTÍNEZ NOVO, Susana, *Claves para la validez y eficacia de los contratos y acuerdos prematrimoniales.* En: IURIS, actualidad y práctica del Derecho, núm. - 144 (diciembre 2009). p. 36-43.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia.* COLEX, 2011, 3^a Ed.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II): Derecho de Obligaciones.* COLEX, 2011, 3^a Ed.

MONTÉS PENADÉS, V.L. (coord.), *Derecho de Familia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991.

MORENO VELASCO, Víctor, *La validez de los acuerdos prematrimoniales*. En: La Ley, núm. 7049 (Noviembre de 2008).

MORENO VELASCO, Víctor, *El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad*. En: La Ley, núm. 7609 (Abril de 2011).

O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil: Tomo II: Derecho de obligaciones*. DIJUSA. Madrid, 2009, 6^a Ed.

PÉREZ HEREZA, J., *La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales*. En: Anales de la Academia Matritense y del Notariado, tomo XLVIII, 2008, p. 589 - 590.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Enfoque actual de la pensión compensatoria*. En: http://www.elderecho.com/civil/Enfoque-actual-pension_compensatoria_11_310555003.html. (fecha última consulta: 19/05/2013)

ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de obligaciones y contratos*. Editorial REUS. Madrid, 2007.

PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura.* En: Artículos Doctrinales: Derecho Civil. Noticias Jurídicas, 2010. <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201009-37281946753951.html> (fecha última consulta: 13/06/2013).

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario y VERDERA SERVER, Rafael (coords.), *Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, 10^a Ed.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal.* En: Economist & Jurist, núm. 118 (Marzo de 2008). p. 18-32