

LOS PACTOS DE PRE-RUPTURA CONYUGAL: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA AUTONOMÍA PRIVADA DE LOS CÓNYUGES Y LA SOLIDARIDAD*

MARITAL AGREEMENTS IN ANTICIPATION: THE DIFFICULT BALANCE BETWEEN THE SPOUSES' PRIVATE AUTONOMY AND SOLIDARITY

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN**

Resumen: La celebración de los acuerdos en previsión de crisis conyugal posee un desarrollo reciente en España. El Código Civil español no contiene ningún precepto que los regule. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una pionera decisión de 31 de marzo de 2011, ha mantenido expresamente la validez y eficacia de estos pactos. Tal validez es confirmada por dos pronunciamientos posteriores en 2015 y en 2018. Este trabajo analiza los requisitos específicos para celebrar estos pactos y clarifica los límites a su validez.

Palabras clave: Pactos matrimoniales y prematrimoniales, autonomía privada, consecuencias de la ruptura matrimonial.

Abstract: The conclusion of agreements in contemplation of a family breakdown is a relatively recent development in Spain. The Spanish Civil Code contains no provisions regulating them. Nevertheless, in its groundbreaking decision of 31 March 2011, the Supreme Court has expressly upheld the validity and enforceability of these agreements. Such validity is confirmed in two subsequent decisions in 2015 and 2018. This paper analyses the specific requirements for concluding these agreements and clarifies the limits of their validity.

Keywords: Premarital and marital agreements, private autonomy, consequences of a marital breakdown.

SUMARIO: I. ADMISIÓN DE LOS PACTOS DE PRE-RUPTURA; 1. Concepto; 2. Razones de la inadmisión tradicional; 3. Causas desencadenantes del surgimiento de la figura; 4. Función de los pactos; II. VÍAS DE RECONOCIMIENTO DE LOS PACTOS; 1. Punto de partida: *Posner v. Posner*; 2. Ordenamiento jurídico español; III. PROPUESTA DE UN TRIPLE SISTEMA DE CONTROL DE LOS PACTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL; 1. Primer

* <http://doi.org/10.15366/rjuam2018.38.004>

Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2018.

Fecha de publicación: 19 de diciembre de 2018.

** Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: alma.guitian@uam.es. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Retos actuales de la autonomía privada» (DER2014-52503-P), dirigido por los Catedráticos de Derecho Civil María Esther Gómez Calle y José María Miquel González y en el Proyecto de Cooperación UAM-Santander con América Latina «Libertad de autodeterminación en las relaciones familiares y sus límites como desafío del Derecho de Familia del siglo XXI en España y América Latina» (CEAL-AL/2017-20), cuya directora es Alma M. Rodríguez Guitián.

control: proceso de formación del consentimiento libre, voluntario y no viciado; A. Asimetría contractual; B. Requisitos adicionales a las reglas generales de los contratos para la celebración de los pactos; 2. Segundo control: adecuación del contenido del pacto al ordenamiento jurídico; A. Pactos que inciden sobre la cobertura de las necesidades básicas de los cónyuges; B. Pactos que inciden en la igualdad de las partes contratantes; 3. Tercer control: examen de la lesividad del pacto en el momento de su ejecución; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ADMISIÓN DE LOS PACTOS DE PRE-RUPTURA

1. Concepto

Los pactos de pre-ruptura conyugal, también denominados pactos en previsión de crisis, son negocios jurídicos en virtud de los cuales aquellos que tienen planeado contraer matrimonio, o se hallan en una situación de pacífica convivencia matrimonial, regulan de forma anticipada las consecuencias personales y/o patrimoniales que pudieran derivarse de una eventual y futura separación y/o divorcio¹. Se excluyen, pues, de esta figura los pactos cuyo fin es la regulación de tal crisis una vez que esta ya ha sucedido o se conoce por los esposos que va a producirse de forma inmediata. El presente trabajo tiene como objeto el análisis de estos pactos de pre-ruptura en el ordenamiento jurídico español, aunque en él se incluirán inevitables referencias al Derecho comparado, en especial al *Common Law* norteamericano al ser este el punto de partida para la admisión de este tipo de pactos. Tales referencias permitirán comprender y clarificar muchos de los aspectos problemáticos que hoy en día estos pactos plantean en nuestro sistema jurídico.

Dos son las notas características de estos acuerdos. Así, son prospectivos, esto es, se planean antes de la celebración del matrimonio, o durante la pacífica convivencia conyugal, para entrar en juego solo en caso de una eventual y futura ruptura matrimonial. La segunda nota característica de estos pactos es su carácter previsor, es decir, se anticipan a los problemas que pudieran surgir con la posible crisis, y buscan dar soluciones en el presente a conflictos que todavía no existen entre los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de su celebración².

Pero, curiosamente, son estos mismos rasgos característicos apuntados los que inducen a dudar sobre la conveniencia de estos acuerdos: las partes contratantes, por el hecho de

¹ En tal sentido PINTO ANDRADE, C., *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Colección Práctica Jurídica, Barcelona (Bosch), 2010, pp. 47-48 y la SAP Girona de 1 de octubre de 2013 (JUR 2013/356307) (fundamento de derecho tercero).

² Sobre tales características MEDINA ALCOZ, M., «Los acuerdos prematrimoniales: Análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común», en ECHEVARRÍA DE RADA, T. (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho de Familia*, Madrid (La Ley), 2013, p. 287 y PAZ-ARES, I., «Previsiones capitulares», en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y provisiones capitulares*, Homenaje a Luis Zarraluqui, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid (Dykinson), 2008, p. 110.

celebrarlos durante la pacífica convivencia o en el momento previo a ella, no contemplan la ruptura de su relación como un riesgo real; por tanto, no perciben de modo exacto las implicaciones que puede suponer su crisis y no son conscientes de las consecuencias que podría traerles en el tiempo las renunciaciones actuales a derechos legales tras la ruptura³. Además, cuanto mayor es la distancia entre el momento de la celebración del pacto y el momento de la crisis matrimonial, mayor es la probabilidad de que el acuerdo inicial pueda devenir inadecuado para una o ambas partes, e incluso injusto.

En cualquier caso, tales acuerdos constituyen una clara expresión de la autonomía de la voluntad y de ahí que ya no sea objeto de discusión su admisión. Sin duda la gran cuestión que surge hoy en todos los ordenamientos jurídicos, incluido el español, es el debate acerca de los límites que han de imponerse a dichos pactos, es decir, qué ámbitos no se hallan a disposición de los cónyuges o futuros cónyuges en cuanto forman parte de la esencia intocable de la normativa reguladora del matrimonio.

Con independencia de ciertos casos extremos en los que las normas sobre los efectos patrimoniales del matrimonio son de carácter obligatorio (así Eslovenia) o de carácter dispositivo (como Escocia), parece haber un cierto consenso generalizado en los ordenamientos europeos en que, mientras que el reparto de los bienes matrimoniales puede ser objeto de pacto, los instrumentos que aseguran, respectivamente, la cobertura de las necesidades y la compensación económica por el desequilibrio patrimonial de uno de los esposos tras la ruptura son menos susceptibles de autorregulación⁴. De ahí la urgencia de hallar la búsqueda de un equilibrio entre la tutela de la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad post-divorcio⁵.

³ En este sentido CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos. Un manual para estudiantes de toda condición*, Madrid (Dilex), 2006, pp. 52-53. EISENBERG, M.A., «The Limits of Cognition and the Limits of Contract», *Stanford Law Review*, núm. 47, 1995, pp. 211 y 222-225, explica cómo hay ámbitos donde los límites cognoscitivos son relevantes a la hora de celebrar contratos duraderos basados en la relación de confianza entre las partes. Así, las «*faulty telescopic faculties*» afectan a la capacidad de las partes para llevar a cabo comparaciones racionales entre situaciones presentes y futuras: se tiende a dar menos valor a los futuros beneficios y costes frente a los presentes. Por otra parte, las «*faulty risk-estimation faculties*» conducen a las partes no solo a subestimar sino también a ignorar los riesgos de probabilidad baja. En concreto, este autor señala los pactos prematrimoniales como un ámbito afectado por tales límites cognoscitivos (cit., pp. 254-258).

⁴ En este sentido SCHERPE, J.M., *The Present and Future of European Family Law*, vol. IV, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA (Edward Elgar Publishing Limited), 2016, pp. 61-62.

⁵ De hecho, los *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, elaborados por la *Commission on European Family Law (CEFL)*, dirigidos a la armonización del Derecho de familia europeo y publicados por BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. en Cambridge-Antwerp and Portland (Intersentia), 2013, señalan, en el comentario al Preámbulo, que uno de los problemas más difíciles de solucionar en el ámbito patrimonial conyugal son las tensiones que se originan entre la autonomía privada de los cónyuges y el deber de mutua solidaridad (p. 34). Desde luego, a mi juicio, las mismas se acrecientan si se habla de la persistencia del deber de solidaridad tras la ruptura matrimonial.

2. Razones de la inadmisión tradicional

Scherpe, gran estudioso de estos pactos, señala dos motivos para el rechazo tradicional existente hacia estos pactos en el Derecho comparado⁶. Por una parte, desde el punto de vista histórico han sido más frecuentes los contratos «acerca de los esposos» que los contratos «entre los propios esposos», ya que en muchos ordenamientos no se reconocía capacidad de obrar a las mujeres para la celebración de los contratos (un buen ejemplo es el antiguo *Common Law* norteamericano, que se basa en la idea de que la personalidad jurídica de la mujer se funde en la de su marido). Por otra parte, la fuerte influencia cristiana en la mayoría de los países occidentales se traduce en un cierto rechazo inicial de los acuerdos de este tipo. Como el matrimonio cristiano se caracteriza por la indisolubilidad, pactos cuyo contenido consiste en planear las consecuencias del final del matrimonio se consideran contrarios al orden público⁷.

Hoy en día, no obstante, el concepto de orden público ha pasado de constituir la razón de ser de la inadmisión de tales pactos a ser un límite puntual a la autonomía de las partes a la hora de celebrarlos; por ejemplo, el orden público se convierte en una barrera infranqueable para la autonomía de los cónyuges cuando se incluyen cláusulas limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada uno de ellos⁸, o cuando se otorgan pactos conyugales que perjudican, directa o indirectamente, el derecho de los hijos a recibir su pensión alimenticia⁹. Pero incluso cabe mantener que en el momento actual el propio orden público favorece estos pactos en la medida en que a través de ellos los individuos regulan y deciden sus propios intereses¹⁰.

3. Causas desencadenantes del surgimiento de la figura

Podrían sintetizarse en dos las causas de aparición de este tipo de pactos en previsión de crisis en el ordenamiento jurídico español.

Por una parte, se ha producido un proceso de democratización de las relaciones familiares, de modo que el principio constitucional de igualdad ha impregnado de igualitarismo

⁶ «Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective», en SCHERPE, J.M. (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford (Hart Publishing), 2012, p. 445.

⁷ En este sentido en Italia, en la actualidad, se permiten los acuerdos una vez llegado el divorcio, pero no los acuerdos pre-divorcio porque estos todavía siguen estimándose contrarios al orden público. Véase BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMNER, I., *European Family Law in Action, Property Relations between Spouses*, vol. IV, Antwerp-Oxford-Portland (Intersentia), 2009, p. 1146.

⁸ En este sentido CERVILLA GARZÓN, M.D., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 104-105.

⁹ WARDLE, L.D., DUNCAN, W. y NOLAN, L.C., *Family and Succession Law in the USA*, 3.ª ed., The Netherlands (Wolters Kluwer), 2016, pp. 245 y 247-248.

¹⁰ MYERS, J.E.B. y KRAUSE, H.D., *Family Law in a Nutshell*, 6.ª ed., St. Paul Minn. (West Academic Publishing), 2017, p. 20.

dichas relaciones, sobre todo las conyugales¹¹. Junto a tal democratización se halla la cada vez más creciente tendencia hacia la privatización del matrimonio y la ampliación de la autonomía de la voluntad en la configuración de las relaciones, en particular económicas, entre los esposos¹².

La segunda causa que ha contribuido a la aparición de los pactos de pre-ruptura ha sido el debilitamiento objetivo del matrimonio. En primer lugar, desde un punto de vista social, ya que, según datos del INE, hay una disminución en nuestro país del número de matrimonios frente al incremento de las parejas de hecho y de los divorcios y separaciones¹³.

En segundo lugar, desde el punto de vista normativo, en cuanto la Ley 15/2005, de 8 de julio, otorga una mayor relevancia a la voluntad del cónyuge a través de la proclamación de un derecho a abandonar el matrimonio, de modo unilateral y sin necesidad de alegación de causa, en cualquier momento a partir del plazo de tres meses desde su celebración. La ruptura conyugal no es la regla (y confiemos en que nunca lo sea), pero es un hecho que ya no puede considerarse como una rara excepción en la realidad social, de modo que un pacto que regule de forma preventiva las consecuencias patrimoniales de la crisis no es impensable.

Se ha puesto de relieve la ligazón existente entre el divorcio unilateral libre de causalismo y la admisión de los pactos preventivos de la crisis matrimonial. Es evidente, por una parte, que si el legislador permite este tipo de divorcio no puede ya esgrimirse, como un criterio en contra de la admisión de tales pactos, que estos pueden constituir un peligro claro al favorecer la ruptura de una unión con vocación de permanencia¹⁴. Por otra parte, el

¹¹ En este sentido PAZ-ARES, I., «Previsiones capitulares», cit., p. 99.

¹² SERRANO DE NICOLÁS, A., «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña», en BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S. (coords.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia: libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona (Bosch), 2011, p. 332, califica estos pactos en previsión de crisis como el «penúltimo eslabón» de la reafirmación de los derechos individuales de los miembros de la familia.

¹³ En el artículo «Matrimonios y nacimientos en España», elaborado por el Instituto Nacional de Estadística español, sobre datos recogidos en junio de 2015, se extraen las siguientes conclusiones: la incidencia de la nupcialidad se ha reducido durante los últimos 30 años, pasando de 5,3 matrimonios por cada 1000 habitantes en 1981 hasta situarse en 3,3 en 2013 (2 matrimonios menos por cada 1000 habitantes). La reducción de la tasa de nupcialidad se ha intensificado a partir de 2006. En el ámbito de la Unión Europea también ha descendido la tasa bruta de nupcialidad, aunque tal descenso ha sido menos intenso que en España, que ha pasado a ser uno de los países en que hay menos matrimonios por habitante y en los que la gente se casa más tarde. A la vez, y teniendo en cuenta los datos de los censos de 2001 y 2011, se concluye que se duplica la prevalencia de las parejas de hecho, que pasa de un porcentaje de un 5,9 del total de parejas en 2001 al 14,5 en 2011. Disponible en <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Marriages_and_births_in_Spain/es>. [Consultado el 01/09/2018]. En concreto, en una nota de prensa del INE de 25.9.2017 se informa de que en 2016 hubo un total de 101.294 casos de nulidad, separación y divorcio, lo que supuso una tasa de 2,2 por cada 1000 habitantes. El número de divorcios aumenta un 0.3% (96.824 divorcios), pero el de separaciones disminuye un 6,4 % y el de nulidad un 18,8%. Disponible en <http://www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf>. [Consultado el 01/09/2018].

¹⁴ En España a favor de la existencia de tal ligazón, entre otros, CERVILLA GARZÓN, M.D., *Los acuerdos prematrimoniales*, cit., p. 46; EGEA I FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria y pactos en previsión de

margen de libertad concedido por el legislador a la hora de solicitar el divorcio y la separación es lógico que vaya acompañado de un margen también mayor de libertad en cuanto a la fijación por los cónyuges de las consecuencias económicas de su eventual y futura ruptura¹⁵.

Por último, sería interesante preguntarse, ya que podría constituir una de las objeciones posibles para la admisión de estos pactos preventivos de la crisis, si tales pactos contribuyen realmente, en la práctica, al incremento de los divorcios (o separaciones). La respuesta desde luego es muy compleja y no puede ser en absoluto ni dogmática ni uniforme. Se ha argumentado que lo mismo que la creación de impedimentos al divorcio no es garantía de un aumento de los matrimonios con éxito, tampoco probablemente hay relación cuantitativa entre las crisis matrimoniales y los convenios en previsión de las mismas¹⁶.

No existen apenas estudios empíricos elaborados por la doctrina científica que traten de responder a la pregunta de si la celebración de los pactos en previsión de crisis matrimonial aumenta la tasa de divorcio. Excepcionalmente se ha llevado a cabo una investigación en USA por *Leeson y Pierson* sobre el efecto que la aprobación de la *Uniform Premarital Agreement Act* (UPAA) ha tenido sobre el incremento de las tasas de divorcio, al tratarse del primer texto en aquel país que otorga, en 1983, efecto vinculante entre los cónyuges a los pactos prematrimoniales siempre que concurren determinadas condiciones. Estos autores concluyen que la investigación permite deducir que en el periodo de tiempo comprendido entre 1985 y 2009 hay una reducción de la media del porcentaje de divorcio en EEUU de un 14% aproximadamente.

una ruptura matrimonial», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. III, Madrid (Thomson Civitas), 2003, p. 4552; y MEDINA ALCOZ, M., «Los acuerdos prematrimoniales», cit., p. 283. Esta vinculación entre el divorcio *no-fault* y la admisión de los pactos prematrimoniales ha sido puesta de relieve también en USA por THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Newark, NJ (LexisNexis), 2002, p. 954 y, posteriormente, por FRANCK, J-U, «So Hedge Therefore, Who Join Forever: Understanding The Interrelation of No-Fault Divorce and Premarital Contracts», *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 23, 2009, pp. 235 y 244-254. En Estados Unidos el modelo tradicional de finalización del matrimonio basado en la culpa persiste hasta la década de los 70; en concreto, en el Estado de California se dicta en 1969 la primera regulación del divorcio *no-fault*. Y la admisión de la eficacia de un pacto prematrimonial en previsión de ruptura se reconoce en el caso *Posner v. Posner* dictado en 1972 por la *Supreme Court* de Florida. Ahora bien, BIX, B.H., «The ALI Principles and Agreements: Seeking a balance between Status and Contract», en *Reconciving the Family. Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*, New York (Cambridge University Press), 2006, p. 373 nota de pie de página 2, mientras que sí está de acuerdo con una cierta conexión entre la aceptación de los acuerdos prematrimoniales y el movimiento hacia un divorcio *no-fault* (por ejemplo, a través de la creencia común en ambos casos de que el Estado no debería entrometerse en el matrimonio), considera que hay poca evidencia de una ligazón entre el rechazo inicial a los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial y el divorcio basado en la culpa, al menos en los pronunciamientos judiciales más antiguos que no admiten aquellos pactos.

¹⁵ ALLUEVA AZNAR, L., *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, p. 179.

¹⁶ Así PAZ-ARES, I., «Previsiones capitulares», cit., p. 112.

Ahora bien, explican que tal reducción general del divorcio es perfectamente coexistente con la más alta propensión inicial al divorcio que hay entre los usuarios de los *pre-nups* frente a las personas que no celebran tales contratos. Según mantienen estos autores, las parejas que llevan a cabo este tipo de acuerdos antes del matrimonio poseen una serie de rasgos característicos que incrementan la propensión al divorcio entre ellas. Así, entre otros, la diferencia de edad entre los esposos, la diferencia educacional y el hecho de haber contraído matrimonio más veces. Pero el dato más importante es que, a la hora de celebrar los acuerdos prenupciales, los futuros esposos emiten ya, antes de casarse, una explícita declaración de que su matrimonio podría fracasar y muestran, por tanto, una mayor e inusual conciencia a la posibilidad de que su matrimonio se rompa¹⁷.

4. Función de los pactos

Dentro de los ordenamientos europeos hay claras diferencias en su giro actual hacia la admisión de los pactos en previsión de crisis según se trate de sistemas donde existan o no normativas reguladoras de los regímenes económicos del matrimonio. En primer lugar, en los sistemas de *Civil Law* de modo tradicional se han considerado válidos los acuerdos relativos al régimen económico durante el matrimonio. Si se admiten ya por el propio legislador pactos que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, constante la convivencia, de forma distinta a las previsiones de la normativa legal, no parece ya tan complicado dar el salto a la admisión de pactos que prevén los efectos económicos de la futura crisis. Más difícil se plantea en principio tal admisión en los ordenamientos de *Common Law*, ya que en estos ni siquiera hay regímenes legales económico-matrimoniales¹⁸.

La función general de estos pactos en cada sistema jurídico es diferente. En los sistemas de *Common Law*, que carecen de un régimen legal económico-matrimonial, los tribunales poseen un amplio margen de discrecionalidad para determinar las consecuencias patrimoniales de la ruptura. Si bien ello parece permitir un grado considerable de flexibilidad y, al menos teóricamente, la consecución de un resultado justo para cada caso particular, se genera a la vez una significativa incertidumbre para los cónyuges, ya que hasta el último momento desconocerán el contenido de la decisión judicial concreta. Por ello en estos ordenamientos la admisión de acuerdos de pre-ruptura de carácter vinculante entre los esposos permite lograr esa mayor certeza en cuanto a los efectos patrimoniales de su ruptura¹⁹.

Por el contrario, en los sistemas de *Civil Law*, como el español, que cuentan con una normativa reguladora del régimen económico-matrimonial que, en principio, sí parece

¹⁷ Consúltese ampliamente en LEESON, P.T. y PIERSON, J., «Prenups», *Journal of Legal Studies*, núm. 45, 2016, pp. 388-394.

¹⁸ SCHERPE, J.M., «Marital Agreements», en *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, Oxford (Oxford University Press), 2012, pp. 1135-1136.

¹⁹ SCHERPE, J.M., «Introduction to the Project», en SCHERPE, J.M. (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford (Hart Publishing), 2012, pp. 4-5.

garantizar la certidumbre de las relaciones jurídicas entre los cónyuges, la función que cumplen los pactos en previsión de crisis es posibilitar que aquellos puedan elegir otras consecuencias económicas diferentes a las que el legislador ha previsto en caso de divorcio y de separación.

II. VÍAS DE RECONOCIMIENTO DE LOS PACTOS

1. Punto de partida: *Posner v. Posner*

El origen de la admisión de los pactos en previsión de crisis parece situarse en EEUU a través del reconocimiento judicial de los mismos en el famoso caso *Posner v. Posner* (1972)²⁰. Con anterioridad tales pactos se prohíben por considerarse contrarios al orden público: así, el orden público exigía el planteamiento del matrimonio como un compromiso permanente y duradero, y estos pactos –se afirmaba– no favorecen el vínculo matrimonial, sino que incitan a su ruptura²¹.

Los hechos del caso son los siguientes: El matrimonio *Posner* lleva a cabo un acuerdo catorce días antes de la celebración de su matrimonio, con varias cláusulas para el caso de ruptura matrimonial; así, el pago de 600 dólares mensuales en concepto de alimentos por parte del marido a la esposa y de 600 dólares a cada uno de los futuros hijos del matrimonio en concepto de manutención. El matrimonio se rompe tras seis años de duración, habiendo tenido dos hijos. La esposa interpone una demanda solicitando el cumplimiento del pacto prematrimonial y el marido contesta a la misma alegando la doctrina judicial constante que estima tales pactos como vulneradores del orden público.

La *Supreme Court* de Florida mantiene que el consentimiento dado por los otorgantes del pacto fue libre e informado y que, en concreto, la esposa dispuso de información suficiente acerca del patrimonio de su marido en el momento de la celebración del pacto. Como

²⁰ 257 So.2d530. KATZ, S.N., *Family Law in America*, New York (Oxford University Press), 2011, pp. 30 y 31, nota 64, apunta que, aunque *Posner v. Posner* es el caso más citado, hay pronunciamientos judiciales anteriores en *Oklahoma* que sostienen ya desde el año 1922 que los pactos prenupciales son justos y razonables.

La historia de los pactos prenupciales con carácter general tiene su origen en el siglo XVI en Inglaterra. La esposa con fortuna familiar preservaba su patrimonio prematrimonial mediante la celebración de este tipo de pactos. Los ordenamientos de los estados americanos, a semejanza del inglés, continuaron la práctica de permitir tales acuerdos, pero solo en circunstancias limitadas. Ahora bien, los primeros *prenups* no son hechos en contemplación al divorcio, sino que se restringen, o a definir los derechos de propiedad de los bienes dentro del matrimonio, como, por ejemplo, los bienes que pertenecían a la esposa, ya que de otro modo revertirían en el patrimonio del marido, o bien se limitan a la determinación del destino del patrimonio tras la muerte de alguno de los esposos. Véase al respecto ANGUITA VILLANUEVA, L.A., «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los EEUU de América a la realidad española», en RAMS ALBESA, J., DE AMUNÁTEGUI, C., SERRANO, E. y ANGUITA, L.A. (coords.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid (Dykinson), 2010, pp. 278-282 y LEESON, P.T. y PIERSON, J., «Prenups», cit., p. 370.

²¹ ALLUEVAZNAAR, L., *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, cit., p. 168 y HASDAY, J.E., *Family Law Reimagined*, USA (Harvard University Press), 2014, p. 75.

ha señalado la doctrina²², tal decisión a favor de la validez del pacto fue posible gracias a que se apoya en los razonamientos jurídicos del caso *Del Vecchio v. Del Vecchio*, dictado por el mismo tribunal diez años antes²³. En este último caso se firma un pacto prematrimonial entre un viudo de 68 años, de gran fortuna y con un hijo, y una joven de 35 años, por el que ella renuncia a todo derecho que pudiera corresponderle en la herencia de aquel, además de que se preveía que la herencia pasaría a su único hijo en caso de un eventual y futuro fallecimiento del marido. El tribunal estima válido dicho pacto en cuanto la esposa había recibido, con anterioridad al pacto, información sobre el patrimonio de su futuro marido. Por consiguiente, si se consideran válidos y eficaces los pactos en previsión de fallecimiento también debe darse idéntico tratamiento a los que contemplan una posible y futura crisis matrimonial, en especial, dada la frecuencia e incremento del número de divorcios en el estado de Florida en aquel momento.

2. Ordenamiento jurídico español

En España los pactos en previsión de crisis no están regulados de forma específica en la legislación civil común. Sin embargo, sí que hay normativas autonómicas que ya incluyen un reconocimiento explícito, más o menos detallado, de tales pactos.

En primer lugar, el Libro 2.º del Código Civil de Cataluña relativo a la Persona y a la Familia, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, contiene una regulación completa de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, poniendo de relieve la doctrina la influencia directa del Derecho Norteamericano en la misma, en especial, la influencia de los *Principles of the Law of Family Dissolution* elaborados en el año 2000 por el *American Law Institute*, prestigiosa organización de abogados, jueces y académicos²⁴. Sin embargo, la normativa del actual Código Civil Catalán realmente no es tan novedosa en cuanto que el artículo 15 del derogado Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 de julio) ya preveía la admisión de tales pactos, señalando en su párrafo primero 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». Ahora bien, se ha puntualizado que este último precepto, además de dejar sin resolver casi toda la problemática

²² ALLUEVA AZNAR, L., *Prestación compensatoria*, cit., p. 167 nota de pie de página 17 y CERVILLA GARZÓN, M.D., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*, cit., p. 61.

²³ 143 So. 2d 17 [Fla. 1962].

²⁴ En este sentido FERRER I RIBA, J., «El nuevo derecho de la persona y de la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña», *InDret*, núm. 3, 2010, p. 2 y GINÉS CASTELLET, N., «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos de pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña», *RCDI*, núm. 727, 2011, p. 2584. Los citados Principios norteamericanos pretenden ser una guía tanto para el legislador de los diferentes estados como para los tribunales en orden al desarrollo del derecho patrimonial de la familia.

que lleva consigo la práctica de estos pactos (requisitos, efectos y límites)²⁵, tampoco aclara si las capitulaciones pueden tener como contenido único y exclusivo las previsiones en caso de una crisis matrimonial²⁶.

En el código civil catalán hay, en primer lugar, un precepto genérico sobre los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, en el que se desarrollan, entre otras cuestiones, los requisitos específicos para la validez y/o eficacia de tales pactos (como los relativos al otorgamiento en escritura pública, la fijación de un periodo de tiempo para su firma antes de la boda, el asesoramiento legal independiente del notario a los cónyuges, la reciprocidad y claridad en la formulación de los pactos de exclusión o limitación de derechos y la revelación de la información patrimonial recíproca entre los cónyuges) y una cláusula de dureza que puede conducir a la ineficacia del pacto en el momento de su exigibilidad (artículo 231-20²⁷)²⁸. Además, aparecen referencias expresas a este tipo de pactos, que complementan el precepto anterior, cuando se regula su eficacia genérica (art. 233-5), la compensación por

²⁵ ALLUEVA AZNAR, L., *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, cit., p. 162 y GINÉS CASTELLET, N., «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial», cit., p. 2581.

²⁶ En este sentido GARCÍA RUBIO, M.P., «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia», en *Nuevos Retos de Derecho de Familia. Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho Catalán*, Tossa de Mar, Girona (Documentia Universitaria), 2005, pp. 99-100. A juicio de esta autora el legislador catalán, cuando promulga el artículo 15 CFC, seguramente tenía en mente los tradicionales capítulos dirigidos a sancionar una separación de hecho ya consumada, y no pensaba en los pactos destinados a prever una situación de crisis como hipótesis de futuro.

²⁷ «1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio.

2. El notario, antes de autorizar la escritura a la que se refiere el apartado 1, debe informar 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 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 este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron».

²⁸ LAMARCA I MARQUÉS, A., «Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència», en *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família, Materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona (Documentia Universitaria), 2013, p. 446, apunta que la regulación de los pactos de este tipo constituye un desafío de primer orden en el derecho de familia actual y que el Código civil de Cataluña no solo se ha ocupado de individualizar los requisitos formales y procedimentales de los mismos, sino también los sustantivos, con el fin de que tales pactos puedan ser válidos y eficaces delante de un tribunal de justicia. Este mismo autor, en «The Changing Concept of “Family” and Challenges for Family Law in Spain and Catalonia», en SCHERPE, J.M. (ed.), *European Family Law*, vol. II (The Changing Concept of “Family” and Challenges for Domestic Family Law), Cheltenham, UK-Northampton MA, USA (Edward Elgar Publishing Limited),

razón del trabajo (art. 232-7), la guarda y relaciones personales con los hijos menores y los alimentos a favor de estos (art. 233-5.3), la prestación compensatoria (art. 233-16) y la atribución del uso de la vivienda y las modalidades de este uso (art. 233-21.3).

En relación con el Derecho civil vasco, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de Relaciones Familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores regula en el artículo 4 los pactos en previsión de ruptura de la convivencia, pudiendo, según el párrafo 10.º, otorgarse antes o durante dicha convivencia (no habla, pues, exclusivamente de relación matrimonial²⁹). Como requisitos de validez, el párrafo 3.º se refiere a la necesidad de formalizarlos en escritura pública y a su posible ineficacia si no llega a celebrarse el matrimonio o a iniciarse la convivencia en el plazo de un año desde que tales pactos se conciertan. Su contenido, de acuerdo con el párrafo segundo, puede abarcar, total o parcialmente, el previsto para el convenio regulador, manteniéndose que podrían incluirse, además, acuerdos sobre materias distintas a las detalladas como contenido del convenio.

Bastante oscura, sin embargo, se presenta la redacción del párrafo 5.º de este artículo 4: «[e]stos pactos serán válidos y obligarán a todos los firmantes aun cuando no contengan todos los extremos mínimos de un convenio regulador. En tal caso, la validez y eficacia se limitará a los efectos pactados. Únicamente serán susceptibles de ejecución judicial los pactos previamente acordados por el juez». Según ha explicado la doctrina, de la expresión «Estos pactos serán válidos y obligarán a todos los firmantes» se deriva que los cónyuges o los miembros de la pareja no podrán discutir la fuerza vinculante que estos pactos tendrán frente a ellos. Pero Ayerra apunta que, a su juicio, el legislador debería haber dado una mayor fuerza vinculante al pacto en previsión de ruptura, señalando que las partes únicamente podrán solicitar ante el juez la adopción de otras medidas distintas a las previstas en dicho pacto si hubiera habido un acontecimiento posterior a la firma que permitiera dicha modificación, o si dichas medidas previstas en el pacto fueran dañosas para los hijos, gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o contrarias a normas imperativas³⁰.

A nivel estatal, por el contrario, ni hay un reconocimiento legal explícito de los pactos en previsión de ruptura matrimonial ni mucho menos una previsión detallada del régimen jurídico de los mismos. Ahora bien, es posible encontrar un fundamento normativo como sostén de la validez de estos pactos, tanto constitucional como legal. El reconocimiento de un poder de autorregulación en el ámbito matrimonial y familiar puede hallarse en los

2016, pp. 305-306, señala que la regulación del Código Civil de Cataluña de los pactos en previsión de crisis sigue los estándares del Derecho comparado.

²⁹ AYERRA MICHELENA, K., *Derecho Civil Vasco de Familia. Comentario crítico a la Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, 1.ª ed., Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2016, p. 43, señala que la expresión «ruptura de la convivencia» podría interpretarse como que tales pactos solo se aplican a los supuestos de separaciones de hecho o de rupturas de parejas de hecho, y no a los supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial. Pero, a su juicio, esta interpretación no sería la adecuada, ya que en todos los casos aludidos se produce la ruptura de la convivencia como denominador común, y porque en otros párrafos del propio artículo 4 se hace referencia al matrimonio.

³⁰ *Derecho Civil Vasco de Familia*, cit., pp. 46-47 y 50.

principios de libertad personal y del libre desarrollo de la personalidad de los artículos 1 y 10, respectivamente, de la Constitución Española³¹.

Por su parte la admisión legal de tales pactos se ha apoyado tanto en el artículo 1323 del Código Civil, que consagra el principio de libertad de contratación entre los cónyuges y que no es más que una concreción del artículo 1255 del Código Civil (admisión del juego de la autonomía de la voluntad contractual y señalamiento de sus límites: la ley, la moral y el orden público), como en el artículo 1325 del Código Civil. Este último precepto señala que el objeto de las capitulaciones matrimoniales es tanto la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico del matrimonio como «cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». En la actualidad cabe sostener que la tesis doctrinal comúnmente aceptada para fundamentar el reconocimiento de los pactos en previsión de ruptura es una interpretación amplia del objeto de las capitulaciones matrimoniales, en concreto, a través de su inclusión en la expresión última del artículo 1325 del Código Civil «cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo».

Desde luego es aconsejable que estos pactos, tal y como parecen exigir las normativas catalana y vasca en la materia, se otorguen en escritura pública y/o en capitulaciones matrimoniales, por su mayor facilidad probatoria, por la posibilidad de acceso directo al Registro de la Propiedad cuando el pacto afecta a bienes inmuebles y porque ello posibilitaría la intervención del notario, que desempeñaría una útil y necesaria función de asesoramiento a las partes.

Durante largo tiempo los tribunales han negado la validez de los pactos en los que, o bien con carácter previo al matrimonio o bien con anterioridad a la crisis matrimonial, se renuncia por un cónyuge o por ambos a los posibles derechos que puedan derivar de la normativa reguladora de la ruptura conyugal³². Pero la STS de 31 de marzo de 2011³³ representa un giro importante, en cuanto permite exigir el cumplimiento de un pacto en previsión de una futura y nueva separación entre los cónyuges, incluso habiendo mediado ya sentencia de separación y/o divorcio³⁴. A continuación de ella se dictan las SSTs de 24 de junio de 2015³⁵ y de 30 de mayo de 2018³⁶, que confirman la validez de la figura de los pactos de

³¹ PÉREZ HEREZA, J., «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», *Academia Matritense del Notariado*, T. XLVIII, Curso 2007-2008, Madrid (Colegio Notarial de Madrid), 2008, p. 554.

³² Véase dichos pronunciamientos en GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, 1.ª ed., Madrid (Civitas), 1995, p. 152, nota 349. A propósito de estos pronunciamientos, esta autora señala en su trabajo «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», *ADC*, fasc. 4, 2003, p. 1655, que los mismos no son conformes con un sistema en el que se persigue otorgar prioridad a la voluntad de los cónyuges para la resolución de su crisis.

³³ RJ 2011/3137.

³⁴ Un completo estudio jurisprudencial de los pactos en previsión de crisis conyugal a partir de esta sentencia en DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador», *RCDI*, núm. 730, marzo-abril 2012, pp. 1037 y ss.

³⁵ RJ 2015/2657.

³⁶ RJ 2018/2358.

pre-ruptura³⁷. La diferencia radica en que las dos primeras sentencias se refieren a pactos cuyo objeto es la creación *ex novo* de un derecho a favor de uno de los cónyuges que no es exigido por el legislador tras el divorcio y la separación; en concreto, la creación de una renta vitalicia a favor de las esposas sin que concurra ni un desequilibrio patrimonial ni una situación de necesidad. Por su parte, la STS de 30 de mayo de 2018 alude, por el contrario, a un pacto cuyo fin es la renuncia a derechos reconocidos por la normativa reguladora de la ruptura conyugal (prestación compensatoria del artículo 97 del Código Civil y atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código).

III. PROPUESTA DE UN TRIPLE SISTEMA DE CONTROL DE LOS PACTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Se ha señalado que el carácter dual social e individual que caracteriza al Derecho de familia y la consecución del equilibrio entre los principios de solidaridad y de libertad individual de cada uno de los cónyuges requieren la realización de un cierto control de la validez de los pactos en previsión de crisis matrimonial. Tal control debería proyectarse sobre el proceso de formación del consentimiento libre, informado y no viciado, sobre el contenido del pacto y sobre el alcance del acuerdo en el momento de su cumplimiento³⁸.

1. Primer control: proceso de formación del consentimiento libre, voluntario y no viciado

En virtud del control de legalidad que compete al notario, este ha de examinar la capacidad de las partes, la formación de un consentimiento libre e informado y la adecuación del pacto al ordenamiento jurídico.

A. Asimetría contractual

Una de las desventajas de estos pactos puestas de relieve por la doctrina es la desigualdad negocial en la que pueden hallarse las partes en el momento de la celebración de los

³⁷ La primera sentencia se comenta por QUICIOS MOLINA, M.S., «Comentario a la STS 24.6.2015. El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa» y la segunda por RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: «Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, respectivamente, en el núm. 101, 2016, pp. 191 y ss. y 2019 (pendiente de publicación). CERVILLA GARZÓN, M.D., «Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre de 2018», *La Ley*, núm. 9301, 19 de noviembre de 2018, p. 1 y ss. señala que la tercera de las sentencias, la de 30 de mayo de 2018, consolida la línea seguida por los otros dos pronunciamientos, aportando nuevas líneas en el diseño del régimen jurídico sobre el que sustentar la eficacia de los pactos de pre-ruptura.

³⁸ En este sentido GARCÍA RUBIO, M.P., «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia», cit., p. 102, que menciona la necesidad de llevar a cabo este triple escrutinio de tales pactos.

mismos por múltiples motivos (económicos, culturales, de edad, nacionalidad...), o dicho de otra forma, la asimetría contractual de la que parten con frecuencia los cónyuges o futuros cónyuges³⁹. Esta distinta posición negocial puede traducirse en la imposición unilateral del contenido del pacto por la parte que se halla en una posición de superioridad obteniendo ventajas de la misma. En este sentido cabe sostener que la mera autonomía nominal puede llevar consigo resultados adversos, ya que una decisión realmente autónoma requiere que la persona adopte dicha decisión en una verdadera posición autónoma, no solo desde el punto de vista jurídico sino también social, cultural y económico⁴⁰.

De entre todas las desigualdades suele ponerse el acento en la desigualdad de género, muy ligada a la económica. Así, las diferencias salariales entre hombres y mujeres aumentan notablemente a partir de los treinta años, momento en el que muchas parejas deciden contraer matrimonio y llevar a cabo acuerdos maritales⁴¹. La desigualdad económica es la principal razón, aunque no la única, de que las mujeres se sitúen con relativa frecuencia en la parte débil de estos pactos. Ahora bien, parece que incluso si las mujeres celebran los pactos como sujetos totalmente independientes desde el punto de vista económico, la dependencia puede desarrollarse después al cambiar la visión sobre el proyecto vital (por ejemplo, la mujer decide abandonar, aunque sea a tiempo parcial, su trabajo cuando llegan los hijos). La división actual del trabajo dentro de la familia supone que, como regla general, la mayoría de las contribuciones no económicas son llevadas a cabo por las mujeres, de modo que muy posiblemente saldrán perjudicadas cuando se ha hecho ya un pacto matrimonial que no ha tenido en cuenta dichas contribuciones⁴².

³⁹ Ampliamente ALLUEVA AZNAR, L., *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, cit., pp. 193-196.

⁴⁰ SCHERPE, J.M., *The Present and Future of European Family Law*, cit., pp. 62-63.

⁴¹ Tal situación de desigualdad económica no queda restringida a nuestro país, sino que es común a toda la Unión Europea. En el *Proyecto de Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2014-2015*, elaborado el 21 de septiembre de 2016 por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo (Ponente: Ernest Urtasun), se señala que en 2015 la tasa de empleo de las mujeres alcanza el máximo histórico del 64,5%, pero aun así se mantiene por debajo de la de los hombres (que fue del 75,6%). Afirma que las mujeres tienen cuatro veces más posibilidades que los hombres de conseguir un trabajo a tiempo parcial y de continuar en él en las mismas condiciones. Añade que la crisis económica ha afectado de forma especial a las mujeres en los distintos países de la Unión Europea y que, a pesar de que las mujeres llegan a un nivel de educación superior al de los hombres, la tasa media de la diferencia salarial entre mujeres y hombres en la Unión sigue siendo del 16,1%. Se calcula que, al ritmo de progreso actual, se van a requerir setenta años para lograr la igualdad de retribución. También se insta a la Comisión Europea para que adopte medidas urgentes para terminar con la brecha salarial; alienta a Eslovenia, Malta, Polonia, Italia, Croacia, Rumania y Bélgica a cerrar por completo la brecha salarial entre hombres y mujeres, y a Finlandia y a Austria a continuar reduciéndola. Por último, anima a Estonia, la República Checa, Alemania, Eslovaquia, el Reino Unido, España y Hungría a reforzar sus esfuerzos adoptando medidas específicas que reduzcan de forma importante tal brecha (pp. 6-7 y 14). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/FEMM/PR/2017/02-06/1104616ES.pdf>. [Consultado el 01/09/2018].

⁴² En este sentido se pronuncia THOMPSON, S., *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice. Issues of Power in Theory and Practice*, Oxford and Portland, Oregon (Hart Publishing), 2015, pp. 6 y 150.

Permite ejemplificar este tipo de reflexiones la ya citada STS de 30 de mayo de 2018, que constituye el tercer pronunciamiento de este tribunal sobre la materia. Los hechos son los siguientes: la demandante, Doña Gloria, nacida en el año 1971, divorciada, con una hija y con trabajo en el Ministerio de Hacienda de Rusia, se desplaza desde su país hasta España para iniciar una convivencia afectiva en 2006 con Don José Miguel, veintiún años mayor que ella y con el que había entablado relación previa a través de las redes sociales. Él también es divorciado y se dedica a la abogacía. Seis meses antes de contraer matrimonio, el día 18 de junio de 2009, ambos acuden a un notario manifestando en un acta, entre otros extremos, que, en el caso de una eventual y futura separación o divorcio, ninguno de los cónyuges reclamará al otro ni una indemnización y/o pensión compensatoria, ni el uso de la vivienda familiar. Es más, añaden que Doña Gloria renunciará al citado uso al poseer el bien carácter privativo respecto del marido y que este último, en su caso, compensará a la mujer con el pago del alquiler de una vivienda adecuada si hay hijos comunes y se ha concedido a la madre la custodia de los mismos. Por último, manifiestan en el acta notarial que, una vez transcurrido el plazo de dos meses desde la celebración del matrimonio, ambos esposos otorgarán sendos testamentos designándose herederos el uno al otro. El matrimonio finalmente se celebra el 18 de diciembre de 2009. En 2011 Don José Miguel otorga testamento en favor de su esposa, nombrándola además beneficiaria en las prestaciones de la Mutualidad de la Abogacía.

Seis años después, Doña Gloria interpone una demanda ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 4 de Valencia, al que se acumula el procedimiento iniciado por Don José Miguel en el Juzgado de Primera Instancia número 26 de la misma ciudad, en el que este solicita únicamente la disolución del matrimonio por causa de divorcio. El citado Juzgado de Violencia sobre la Mujer dicta sentencia el 21 de junio de 2016 estimando parcialmente la demanda de Doña Gloria, declarando el divorcio y concediéndole tanto una pensión compensatoria de 400 euros al mes por dos años (teniendo en cuenta para ello la edad y la formación de la actora) como 3.000 euros de litis expensas. Considera nula la renuncia de la mujer a la pensión compensatoria en el acta notarial, no por la existencia de un vicio del consentimiento, sino en cuanto lesiva del derecho a la igualdad.

Por su parte la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia dicta sentencia el 6 de abril de 2017 declarando haber lugar al recurso de apelación interpuesto por Don José Miguel y revocando el anterior pronunciamiento. Conforme a tal sentencia la renuncia a la pensión compensatoria es un negocio válido, al poseer aquella naturaleza disponible y ser ambos esposos conscientes del acuerdo estrictamente económico que habían concluido. Doña Gloria interpone recurso de casación alegando en el primer motivo de casación que la renuncia a la citada pensión es nula por contraria a la ley, la moral y el orden público y que el acuerdo se lleva a cabo en una posición de desigualdad y abuso de posición dominante por parte de Don José Miguel. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso.

En particular, ella alega que la renuncia a la pensión compensatoria que llevó a cabo en el acta notarial la hizo sin conocimiento de la trascendencia de lo efectuado y con ignorancia

de la lengua española, encontrándose en una situación de inferioridad. No obstante, ya la sentencia de primera instancia considera probado que Doña Gloria sí que dominaba el castellano cuando firma el acta, tal y como garantiza la presencia del notario. Por consiguiente, tal Juzgado de Primera Instancia concluye, en su momento, que la renuncia de la demandante a la pensión compensatoria es nula por vulneración del derecho de igualdad, pero no por la existencia de un vicio del consentimiento en la esposa. Por su parte el Tribunal Supremo subraya al final del fundamento 5.º, respecto al vicio del consentimiento, que «(...) Doña Gloria conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa y por la posibilidad de obtener explicaciones del notario»⁴³.

B. Requisitos adicionales a las reglas generales de los contratos para la celebración de los pactos

A estos pactos en previsión de crisis, en cuanto expresión de la autonomía de la voluntad, se les van a aplicar las normas generales del Derecho contractual, aunque no parece conveniente una extensión en bloque de dichas normas al no ser aquellos totalmente equiparables a un contrato patrimonial común⁴⁴. A ello hay que añadir, tal y como señala Scherpe⁴⁵, que todos los ordenamientos que regulan los pactos matrimoniales poseen como rasgo común la aplicación a los mismos de una serie de medidas adicionales, específicas, que van más allá de las reglas generales reguladoras de los contratos, cuya finalidad es la protección de la parte más débil y la prevención y evitación de vicios del consentimiento durante la celebración del pacto preventivo de la crisis.

Tales medidas adicionales vienen justificadas, en primer lugar, por la especial naturaleza de la materia objeto del contenido de estos pactos y la alteración que los mismos llevan consigo del régimen legal de los derechos y deberes conyugales previsto para la crisis matrimonial. Esto es, las relaciones económicas entre los cónyuges son reguladas por el legislador teniendo definidos, más o menos con claridad, unos objetivos de política legislativa. Cuando un contrato entre cónyuges o futuros cónyuges se aparta de las medidas previstas por el legislador para proteger a las personas que participan o van a participar de

⁴³ CERVILLA GARZÓN, M.D.: «Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre de 2018», cit., p. 3, critica esta sentencia porque, aunque no se acredita la información dada por el notario sobre el contenido del acuerdo y sus efectos jurídicos, se presume por el tribunal que el notario ha cumplido con tal deber de información y que, si realmente no lo hubiera llevado a cabo, el cliente incurre en negligencia por no adoptar el rol activo de requerir al notario a tal efecto.

⁴⁴ DETHLOFF, N., «Contracting in Family Law: a European Perspective», en BOELE-WOELKI, K., MILES, J. y SCHERPE, J.M. (eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge-Antwerp, Portland (Intersentia), 2011, pp. 85-87 y THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution*, cit., pp. 956-957.

⁴⁵ SCHERPE, J.M., «Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective», cit., p. 490.

una relación familiar, aquel puede exigir una mayor seguridad de que las partes implicadas comprenden y quieren lo que están acordando⁴⁶.

En segundo lugar, los requisitos adicionales a la normativa general reguladora de los contratos también se explican por la especial relación de confianza que hay entre las partes de un pacto conyugal, muy diferente a la existente entre los que negocian un simple contrato patrimonial común. Los cónyuges o futuros esposos comparten normalmente un interés profundo y mutuo por el bienestar del otro y esta perspectiva puede llevar a eliminar o atenuar la natural capacidad de autoprotección que en otro tipo de negociación sí se tendría⁴⁷. La doctrina parece de acuerdo, pues, en que exigir ciertas medidas o cautelas adicionales permite la consecución de un consentimiento libre, informado y no viciado⁴⁸.

Entre dichas medidas cabe citar la forma escrita (en concreto, la escritura pública o las capitulaciones matrimoniales), el asesoramiento legal independiente a las partes contratantes por un profesional jurídico y la transmisión de información financiera relevante entre los propios cónyuges, junto con la existencia de ciertos requisitos temporales mínimos de celebración de los pactos preventivos antes del matrimonio.

El ordenamiento estatal español, a diferencia de la regulación sobre estos pactos preventivos de crisis llevada a cabo por el legislador catalán, carece de estas medidas especiales dirigidas a la consecución de la integridad del consentimiento. Así, el párrafo 1.º del artículo 231-20 del Código Civil de Cataluña hace referencia a la forma (necesidad de otorgamiento en capítulos matrimoniales o escritura pública), al requisito temporal de celebración de los pactos (treinta días antes de la boda), a la información del notario a cada uno de los otorgantes respecto al régimen económico legal supletorio y al deber recíproco de las partes de darse información relevante sobre su patrimonio, ingresos y expectativas económicas. Tal regulación se inspira en el § 7.04 de los ya citados *Principles of the Law of Family Dissolution*. Debido a la ausencia de tales medidas adicionales en el Derecho civil común, se ha subrayado la importancia de que los tribunales españoles sean muy cautos cuando controlen esta fase del proceso de formación del contrato, en concreto, han de prestar especial atención a si uno de los cónyuges se ha aprovechado de su superioridad negociadora sobre el otro⁴⁹.

⁴⁶ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution*, cit., p. 957. Señala SOLÉ FELIÚ, J., «Comentari al article 231-20 Codi Civil de Catalunya», en EGEA I FERNÁNDEZ, J. y FERRER I RIBA, J. (dirs.), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona (Atelier), 2014, p. 148, que se busca, al exigir ciertas medidas adicionales a la aplicación automática de las reglas propias del derecho de contratos, compatibilizar el reconocimiento de la autonomía privada con la tutela de otros principios que el ordenamiento estima necesario proteger de modo especial, como la tutela de los miembros más débiles de la familia ante las consecuencias de una crisis matrimonial.

⁴⁷ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution*, cit., p. 956.

⁴⁸ GARCÍA RUBIO, M.P., «Acuerdos prematrimoniales», cit., pp. 101 y 104.

⁴⁹ GARCÍA RUBIO, M.P., «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», cit., pp. 1667-1668.

Como he apuntado con anterioridad, este conjunto de cautelas adicionales son útiles en la medida en que tienden a garantizar la integridad del consentimiento y a evitar, pues, la existencia de vicios del consentimiento de una de las partes pero, no obstante, no creo que su ausencia (al menos la relativa al asesoramiento legal independiente a las partes contratantes, la información financiera recíproca entre cónyuges y la existencia de ciertos requisitos temporales mínimos para la celebración del pacto antes del matrimonio) permita sostener la nulidad del pacto en todo caso⁵⁰. Incluso se ha llegado a dudar de la utilidad de estos requisitos de procedimiento contractual. Así, se ha sostenido que la exigencia de tales condiciones acabaría apartando pactos ejecutables desde el punto de la justicia, que tales formalidades carecen de ventaja protectora de entidad, a la par que llevan aparejados costes económicos para las partes⁵¹.

2. Segundo control: adecuación del contenido del pacto al ordenamiento jurídico

El notario debe velar, además, por la adecuación del contenido material del pacto de pre-ruptura al ordenamiento jurídico. A mi juicio, los pactos de contenido patrimonial que afecten de modo exclusivo a los cónyuges únicamente pueden rechazarse como ilegales en cuanto se estimen contrarios a los límites genéricos de la autonomía de la voluntad previstos en el artículo 1255 del Código Civil: la ley, la moral y el orden público. Como aquí es imposible profundizar en estos tres tipos de límites, voy a hacer referencia solo a los pactos lesivos del orden público, en concreto, a pactos que pueden implicar una lesión de los derechos fundamentales. Casi todos los pactos preventivos de la crisis conyugal que pueden implicar una lesión de tales derechos se restringen a los que regulan cuestiones de carácter personal entre los cónyuges. Así, por ejemplo, acuerdos que impongan a uno o ambos cónyuges la obligación de vivir en un determinado lugar una vez producida la ruptura, o aquellos que incluyan la obligación de no casarse con una persona determinada tras el divorcio o la separación.

Es mucho más complicado individualizar pactos que, incidiendo en la regulación de aspectos económicos concernientes a los cónyuges, conculquen derechos fundamentales. En particular, voy a referirme, a continuación, a pactos que afectan a las necesidades básicas de los cónyuges y a los que inciden en la igualdad de estos.

⁵⁰ En este sentido también SCHERPE, J.M., «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*. Equidad, libertad y “elementos extranjeros”», *InDret* núm. 2, 2012, pp. 9 y 12. Este autor afirma que «incluso el mejor asesoramiento legal nunca será la garantía contra los acuerdos matrimoniales injustos, sino una garantía más».

⁵¹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Familia*, cit., p. 54.

A. *Pactos que inciden sobre la cobertura de las necesidades básicas de los cónyuges*

A mi juicio, cualquier renuncia anticipada a la prestación compensatoria del artículo 97 del Código Civil o a cualquier otro derecho legal de carácter económico y de naturaleza disponible, con incidencia exclusiva entre los cónyuges, ha de considerarse en principio válida y eficaz, siempre que el consentimiento se haya formado de manera libre, voluntaria y no viciada. Ahora bien, tal conclusión no impide, tal y como se verá en el apartado 3, que si en el momento de la ejecución el pacto deviene lesivo para una de las partes por una circunstancia sobrevenida, no imputable al renunciante y no prevista ni previsible en el momento de la firma, podría solicitarse la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o fórmula similar. Por ejemplo, piénsese en el caso de que uno de los cónyuges renuncia en un pacto prematrimonial a toda ventaja económica legal que pudiera corresponderle y, después del transcurso de varios años de matrimonio y habiendo tenido un hijo que requiere atenciones especiales, abandona su prometedora vida profesional para atenderle. En el momento del posterior divorcio tal cónyuge se halla en una situación de carencia de bienes económicos suficientes para cubrir sus necesidades básicas. Podría solicitar que se declare la ineficacia del pacto prematrimonial.

Por otra parte, un pacto de renuncia anticipada podría impugnarse también alegando el perjuicio causado por tal renuncia a terceros en el momento del cumplimiento del pacto en virtud del artículo 6.2 del Código Civil, o bien por los acreedores del cónyuge renunciante, o bien por los sujetos privados o públicos que tuviesen que hacerse cargo del deber de alimentos respecto de aquel: o el Estado o los hijos del renunciante, por ejemplo, al no subsistir el deber de alimentos entre los cónyuges en el caso de divorcio⁵².

Una hipótesis algo diferente es la prevista en la ya anteriormente citada STS de 30 de mayo de 2018, en la que la esposa demandante alega, sin éxito, que en el momento de la firma del pacto ya era previsible la situación de precariedad en la que se le iba a sumir tras la ruptura. Esto es, si un pacto incluye una cláusula de renuncia preventiva a una prestación compensatoria, o a cualquier otro beneficio económico legal, habrá que preguntarse si en la misma firma del pacto, por las circunstancias o por la elección de vida de los cónyuges a la hora de organizar su matrimonio, es previsible ya que uno de ellos va a carecer de medios económicos propios suficientes para cubrir sus necesidades básicas en el momento de la ejecución del pacto. El problema más serio se plantearía en caso de divorcio, ya que los cónyuges divorciados no tienen un derecho-deber de alimentos entre sí de acuerdo con el derecho civil común. Si la futura situación de necesidad de uno de los cónyuges en el momento de la ejecución del pacto de pre-ruptura es previsible ya durante la celebración

⁵² En este sentido GARCÍA RUBIO, M.P., «“Precautionary” agreements on the economic consequences of matrimonial crisis: Are they lawful under Spanish Law?», en MARTÍN-CASALS, M., y RIBOT IGUALADA, J., (eds.), *The Role of Self-Determination in the Modernisation of Family Law in Europe*, Girona (Documentia Universitaria), 2006, p. 104.

del mismo, parece claro que dicho cónyuge no podría invocar con éxito la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el momento de la ruptura.

De ahí que, además de que en un pacto de semejantes características es muy importante que el notario cumpla con exquisito celo su función de asesoramiento a las partes, cabría sugerir –no sin gran cautela– la posibilidad de que el profesional, en virtud del control de legalidad que le compete, se negara a autorizar el pacto como nulo de pleno derecho por vulneración del orden público al atentar contra la dignidad de la persona reconocida en el texto constitucional; aunque es cierto que nunca va a existir la certeza absoluta en la firma del pacto de que en el momento de la ejecución la parte renunciante va a encontrarse en situación de penuria económica⁵³. Pero al menos el notario, a la vista de las circunstancias del caso, debería aconsejar a las partes el cambio de redacción del pacto respecto a sus iniciales términos de renuncia unilateral absoluta⁵⁴.

Algunas normativas prevén que los pactos de renuncia anticipada a una prestación compensatoria, o incluso a la atribución del uso de la vivienda familiar, son ineficaces en la medida en que comprometan la posibilidad de atender las necesidades básicas del cónyuge acreedor en el momento de su ejecución. Así ocurre en EE.UU. con el ya derogado artículo 6 (b) de la *Uniform Premarital Agreements Act* de 1983, hoy reiterado por el vigente artículo 9 (e) de la *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* de 2012⁵⁵, y en Cataluña, de clara inspiración en la regulación norteamericana, con los artículos 233-16.2 (referido a la

⁵³ Explica OLIVA BLÁZQUEZ, F., «La moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en la contratación», en PARRA LUCÁN, M.A. (dir.), *Derecho y Autonomía privada: Una visión comparada e interdisciplinar*, Granada (Comares), 2017, pp. 225-226, que hoy en día la dignidad de la persona se presenta como un límite intrínseco y autónomo a la autonomía de la voluntad, aunque en el fondo se trate de una de las posibles manifestaciones del orden público. En esta línea seguramente deba interpretarse el artículo 219-20.1 de la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil [publicado en Madrid, (Tecnos), 2018, p. 381] cuando señala, como excepción a la validez de la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio, su ineficacia cuando resulta gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

⁵⁴ Es ilustrativo en este sentido el ordenamiento alemán. Aunque la regla general es la libertad contractual y la admisión de los pactos de pre-ruptura conyugal fundamentados en una lectura amplia del parágrafo 1408 BGB (cuyo tenor literal se restringe a los acuerdos de extinción o de modificación del régimen económico tras la celebración del matrimonio), el *Bundesgerichtshof* (BGH) ha desarrollado, a partir de la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) de 6 de febrero de 2001, un sistema de revisión judicial del contenido de los pactos matrimoniales y establece de este modo límites a la autonomía privada de los otorgantes de tales pactos. En concreto, y en relación con el supuesto que aquí interesa en este momento, considera nulo por contrario a las buenas costumbres, en virtud del parágrafo 138 BGB, el pacto prematrimonial celebrado si el cónyuge divorciado va a depender totalmente, en el momento de la ejecución del pacto, de la asistencia social del Estado y tal hecho lo conocían las partes, o al menos era previsible para ellos, en el momento de la celebración del acuerdo. Véase BOELE-WOELKI, K. *et al.*, *European Family Law in Action*, IV, cit., p. 1231. Un análisis pormenorizado del derecho alemán en esta materia en RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Cizur Menor (Thomson Aranzadi), 2018, pp. 83 y ss.

⁵⁵ «If a provision of a premarital agreement modifies or eliminates spousal support and that modification or elimination causes one party to the agreement to be eligible for support under a program of public assistance at the time of separation or marital dissolution, a court, on the request of that party, may require the other party to provide support to the extent necessary to avoid that eligibility».

prestación compensatoria)⁵⁶ y 233-21.3 (relativo a la atribución del uso de la vivienda)⁵⁷ del Libro 2.º del Código Civil, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, relativo a la Persona y la Familia. En relación con la regulación catalana, parece que el límite de la eficacia de la renuncia anticipada se halla en el respeto al mínimo vital del cónyuge acreedor renunciante y no en el mantenimiento del mismo nivel de vida del que disfrutaba durante su vida matrimonial, cuestión que habrá de observarse en el momento de la ejecución del pacto y no de su celebración.

Dos explicaciones posibles permiten justificar la normativa del Código Civil de Cataluña: la primera es la intención del legislador catalán de eludir externalidades negativas, ya que el estado de indigencia en que puede quedarse el cónyuge renunciante supone un claro perjuicio para la sociedad, en la medida en que sus acreedores no verán satisfecho el pago de sus créditos y tanto organismos públicos como familiares asumirán la carga de mantener económicamente al cónyuge necesitado⁵⁸. La segunda razón es la doble naturaleza que posee la prestación compensatoria en el ordenamiento catalán. Así, junto a su carácter compensatorio o reequilibrador se halla un fundamento asistencial, que tiene su apoyo, en última instancia, en la solidaridad postconyugal. En la parte de la prestación coincidente con la finalidad asistencial dicha prestación deviene irrenunciable⁵⁹.

⁵⁶ «Los pactos de renuncia no incorporados a un convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor». Es verdad que el tenor literal del precepto no alude expresamente a la posibilidad de que la renuncia anticipada a la prestación compensatoria se incluya en un pacto en previsión de ruptura matrimonial, pero tal posibilidad parece inferirse de la alusión que el artículo hace a que dicho pacto de renuncia no se haya incorporado a una propuesta de convenio regulador.

⁵⁷ Este precepto prevé que la eficacia de los pactos sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda queda condicionada a que los pactos no perjudiquen el interés de los hijos y, si tales pactos no se han incorporado a un convenio regulador, a que no comprometan las posibilidades de atender las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

⁵⁸ FERRER I RIBA, J., «Comentari al article 233-16 del Codi Civil de Catalunya», en EGEA I FERNÁNDEZ, J. y FERRER I RIBA, J. (dirs.), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona (Atelier), 2014, p. 482, considera que este argumento es válido en la medida en que no cabe facilitar el divorcio a costa de producir elevados costes externos, pero para ser completamente consistente debería extenderse también a las renunciaciones llevadas a cabo en convenios reguladores que ocasionan el mismo perjuicio a la sociedad.

⁵⁹ La doble naturaleza que posee la prestación compensatoria en el Código Civil de Cataluña es puesta de relieve por la doctrina, y ello a pesar de su denominación como «prestación compensatoria». Consúltase ALLUEVA AZNAR, L., *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, cit., p. 36; FERRER I RIBA, J., «Comentari al article 233-14 del Codi Civil de Catalunya», en EGEA I FERNÁNDEZ, J. y FERRER I RIBA, J. (dirs.), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona (Atelier), 2014, p. 464 y GINÉS CASTELLET, N., «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial», cit., p. 2611. Señala Ferrer i Riba que la normativa catalana defiende al juez la decisión de dar prioridad a una u otra función, en caso de que las partes no estén de acuerdo al respecto. Son muestras decisivas de la doble función tanto el conjunto variado de circunstancias que el juez ha de ponderar para fijar la cuantía y la duración de la prestación (art. 233-15) como la discrecionalidad judicial para concederla en forma de capital o de pensión (art. 233-17.1).

Pero en el derecho civil común parece claro que dicha doble naturaleza de la prestación compensatoria no se da, no existiendo esa finalidad asistencial. De ahí que dentro de él no sería coherente adoptar una estructura similar a la prevista en el derecho catalán o en el norteamericano.

B. Pactos que inciden en la igualdad de las partes contratantes

Hay pactos cuyas cláusulas afectan de modo exclusivo a uno de los otorgantes que, o bien implican una renuncia unilateral a las ventajas económicas a las que tendría derecho por ley ese cónyuge tras la crisis conyugal, o bien imponen el pago de una cantidad muy elevada a una sola de las partes en caso de que se produzca el divorcio o la separación. Este tipo de pactos conducen a plantearse si serían válidos, en cuanto contrarios al orden público, al implicar una desigualdad de trato entre los otorgantes de los mismos.

Desde una primera y posible respuesta podría afirmarse que tales pactos preventivos de carácter unilateral no son válidos en cuanto contrarían el principio de igualdad recogido en los artículos 14 y 32 de la Constitución («el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica»), y que se explicita en los artículos 66 y 1328 en su inciso último del Código Civil [«Será nula (...) cualquier estipulación limitativa de la igualdad de derechos que correspondan a cada cónyuge»].

A mi juicio un correcto planteamiento de la cuestión requiere tomar como punto de partida dos distintas concepciones sobre la igualdad en el ámbito concreto de los pactos en previsión de crisis matrimonial. Desde el primer planteamiento se concibe la igualdad exclusivamente como ausencia de sumisión o de posición de superioridad de un cónyuge hacia el otro; la segunda perspectiva considera que la exigencia de reciprocidad es una manifestación del principio de igualdad entre cónyuges.

Igualdad como ausencia de subordinación. En relación con este primer planteamiento se sostiene que, tras la Constitución de 1978, el principio de igualdad lleva consigo, con carácter general, la prohibición de normas que impliquen una limitación de la capacidad de uno de los cónyuges o una supremacía personal de uno de los cónyuges en detrimento del otro⁶⁰. Dentro ya del ámbito de los pactos entre cónyuges, es preciso diferenciar entre aquellos que regulen las relaciones personales, que es precisamente, a mi juicio, el ámbito propio de la prohibición establecida en el artículo 1328 del Código Civil (por ejemplo, sería nulo un pacto que atribuyera a uno de los cónyuges con carácter irrevocable la decisión sobre la fijación del lugar del domicilio familiar), y aquellos pactos que regulan aspectos patrimoniales⁶¹.

⁶⁰ En este sentido PÉREZ HEREZA, J., «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», cit., p. 555. Apunta LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil*, IV, 4ª ed., Madrid (Dykinson), 2010, p. 141, en concreto, que el artículo 1328 del Código Civil prohíbe cualquier forma de sumisión personal o de limitación de la propia capacidad.

⁶¹ Igualmente, PÉREZ HEREZA, J., «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», cit., p. 557.

Se ha mantenido, cuando se explica el inciso final del artículo 1328 del Código Civil, que en su redacción por la Ley de 13 de mayo de 1981 se introdujo el término «igualdad» cuando era absolutamente superfluo, en cuanto el artículo 66 del Código Civil ya establecía la igualdad de derechos entre hombre y mujer⁶². Parece que hubiera sido más conveniente adoptar el texto que aparecía incluido en el Proyecto de Ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 14 de septiembre de 1979, que hablaba, en vez de igualdad, de nulidad de cualquier estipulación «represiva de la potestad que corresponde en la familia a cada cónyuge»⁶³. Pero en el posterior Dictamen de la Comisión (BOC de 1 de diciembre de 1980) el artículo 1328 declaraba nula cualquier estipulación «(...) limitativa de los derechos que corresponda a cada cónyuge». Y este último texto se aprueba sin cambios en el Congreso y el Senado⁶⁴.

Por otra parte, se ha llamado la atención, con acierto, sobre el hecho de que el artículo 1328 del Código Civil introduce la exigencia de igualdad precisamente entre las normas que regulan las capitulaciones matrimoniales. Tal principio de igualdad posee mayor incidencia sobre las estipulaciones capitulares, usualmente de carácter normativo (contrato marco) o de proyección futura, en cuanto exigencia de que aquellas sean recíprocas en relación a los derechos y deberes que establecen para los cónyuges. En cambio, la influencia de tal principio sobre los pactos reguladores de la ruptura es menor; ya que al poseer estos una eficacia meramente disolutoria de la relación conyugal el tratamiento que merece su contenido es muy diferente al de los capítulos matrimoniales. Es decir, el contenido liquidador de los efectos de un matrimonio posibilita un mayor margen de actuación, y no atenta contra el principio de igualdad la imposición de una obligación a cargo de uno solo de los cónyuges⁶⁵.

Una manifestación clara de este primer planteamiento de la igualdad como ausencia de subordinación de uno de los cónyuges respecto al otro es la STS de 24 de junio de 2015 (segunda dictada por este tribunal sobre la materia), cuyos hechos son los siguientes: los dos cónyuges, ambos divorciados y con una profesión relevante, contraen matrimonio el 8 de agosto de 2003, haciéndolo en régimen de separación de bienes. Cuatro días antes de la celebración de la boda formalizan en escritura pública un pacto con la siguiente cláu-

⁶² Aboga por la supresión del artículo 1328 del Código Civil en cuanto innecesario al existir los artículos 14 y 32 CE BARRIO GALLARDO, A., *Autonomía privada y matrimonio*, Madrid (Reus), 2016, pp. 121-122.

⁶³ De hecho, explica AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 1328 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Madrid (Tecnos), 1984, p. 1537, que el artículo 1316 de la primera edición del Código Civil mantenía la prohibición de los otorgantes de incluir una estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres, o depresiva de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges. Posteriormente en la reforma de 1975 se introduce un nuevo texto en el artículo 1316: «En los contratos a los que se refiere el artículo anterior, no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio». La doctrina no comprendía bien cómo un contrato relativo a la economía conyugal podría resultar contrario a los fines matrimoniales.

⁶⁴ Consúltase sobre este origen del precepto más vinculado al ámbito personal de los cónyuges en AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 1328 del Código Civil», cit., p. 1538.

⁶⁵ Así lo entiende, a mi juicio con acierto, PAZ-ARES, I., «Previsiones capitulares», cit., p. 119.

sula segunda: «Que en el supuesto hipotético de que su relación se deteriorara, y esto les llevara a solicitar la separación matrimonial, y con el objeto de evitar entre ellos mutuas reclamaciones y contenciosos judiciales, acuerdan en este acto que el Sr. Cecilio abonará a la Sra. Tomasa, por todos los conceptos, y como renta mensual vitalicia la cantidad de mil doscientos (1.200) euros».

Los esposos interrumpen de modo temporal la convivencia matrimonial entre octubre de 2008 y junio de 2009, espacio de tiempo en el que el marido abona una pensión a la esposa, coincidente con la cantidad pactada en el acuerdo. De nuevo se reconcilian ambos cónyuges, pero al final se produce la ruptura definitiva de su convivencia interponiendo demanda de separación la esposa. Solicita, entre otras medidas, el cumplimiento del pacto de previsión de ruptura. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de separación y declara la nulidad de pleno derecho del citado acuerdo, alegando que el mismo vulnera el principio de igualdad entre los cónyuges y que limita el derecho a la separación matrimonial del marido. Para el Juzgado de Primera Instancia el pacto no puede calificarse ni como una pensión alimenticia ni como una pensión compensatoria, pues la esposa no se halla en una situación de necesidad ni la separación le produce desequilibrio alguno.

Por su parte la sentencia de la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, declarando que no constituye anomalía contractual el pago de una renta vitalicia mensual unilateral (solo a cargo del esposo) y que, por tanto, no vulnera el pacto la igualdad de los cónyuges porque únicamente es una muestra del ejercicio de la libre disposición en materia patrimonial y que en absoluto deja al esposo en una situación de inferioridad. Es destacable su pronunciamiento acerca de que «...los otorgantes son personas maduras, con fallidas experiencias anteriores, cumplidamente formadas en experiencias universitarias y dilatado ejercicio en el campo de la medicina y del derecho (...) usando ambos de su libertad en una sociedad moderna y abierta como la actual, de modo que ningún reparo puede ser opuesto en tal sentido».

El marido interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Pero este tribunal admite sin rodeos la validez de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura al amparo del artículo 1323 del Código Civil (que establece la validez, con carácter general, de los pactos entre cónyuges) y los califica como capitulaciones matrimoniales. Hace apreciaciones, por último, de los límites que cabe establecer a los pactos de pre-ruptura. Señala en este sentido que dichos límites son la protección de la igualdad de los cónyuges y el interés de los menores, en la medida en que considera aplicable a este tipo de pactos, por analogía, el artículo 90.2 del Código Civil (referido al convenio regulador). Pero en este caso concreto la sentencia entiende que el pacto no traspasa ninguno de estos límites, de modo que confirma la sentencia de la Audiencia Provincial.

Seguramente hay que tener en cuenta, por último, que el pacto incluido en esta sentencia no es tan problemático, en cuanto posee como objeto la creación *ex novo* de un derecho

para una de las partes (la renta vitalicia), derecho que no está previsto, por tanto, por el legislador en la normativa reguladora de la ruptura matrimonial.

Igualdad como reciprocidad. Más problemáticos en relación con la igualdad son aquellos pactos que implican una renuncia unilateral a un derecho que correspondería a uno de los cónyuges de acuerdo con la normativa reguladora de la crisis matrimonial. Por ejemplo, pactos de renuncia anticipada a la prestación compensatoria por desequilibrio patrimonial solo por parte del cónyuge que la recibiría en caso de ruptura. Se ha sostenido su contrariedad al principio constitucional de igualdad y, por tanto, al orden público a partir de la vinculación del concepto de igualdad al de reciprocidad.

Es cierto que, en la práctica, con frecuencia, no se parte de una posición de igualdad efectiva y real entre las partes, y ello puede provocar la celebración de pactos con resultados poco justos para una de ellas, en que la parte débil se vea obligada a aceptar una renuncia unilateral. Pero, por una parte, no creo que sea preciso recurrir a las normas constitucionales para prohibir pactos que pueden quedar tutelados por las normas de Derecho privado, como pueden ser las referentes a la doctrina del abuso del derecho, la normativa de los vicios del consentimiento o la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*⁶⁶.

Por otra parte, antes de emitir un juicio sobre la constitucionalidad del pacto de renuncia unilateral a un derecho ha de llevarse a cabo un examen conjunto de todas las cláusulas que regulan los aspectos patrimoniales incluidos en el pacto en previsión de ruptura⁶⁷. Por ejemplo, una cláusula en la que se prohibiera a uno de los cónyuges residir, tras la ruptura matrimonial, en la vivienda familiar, mientras que al otro cónyuge se le permite, podría vulnerar el principio de igualdad y la libertad de residencia del artículo 19 de la Constitución. Pero no sería lesivo de dichas libertades si tal cláusula prohibitiva se inserta dentro de un conjunto de acuerdos que compensan de alguna forma dicha prohibición; por ejemplo, al cónyuge perjudicado por tal limitación se le cede la propiedad o el uso de otro inmueble distinto de similares características. De este modo podría afirmarse que del examen conjunto de los acuerdos se deriva «una cierta reciprocidad», aunque no, desde luego, una absoluta reciprocidad⁶⁸.

Por último, parece sensato mantener la necesidad de respetar un cierto equilibrio entre las cláusulas del pacto, de modo que la igualdad en el patrimonio y en las circunstancias personales de los cónyuges debería conducir a una cierta similitud en sus acuerdos. Así, si el punto de partida son partes con un estado financiero totalmente dispar, el equilibrio pasaría, no por la reproducción mimética de todas las cláusulas para uno y otro cónyuge para salvar

⁶⁶ DE AMUNÁTEGUI, C., «Límites a la autonomía de la voluntad en las relaciones económicas de casados y uniones de pareja», en PARRA LUCÁN, M.A. (dir.), *La autonomía privada en el Derecho Civil*, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2016, pp. 216-217.

⁶⁷ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, Madrid (Tecnos), 2011, p. 110.

⁶⁸ Aludiendo a este ejemplo MORENO VELASCO, V., *Autonomía de la voluntad*, cit., pp. 46-47.

una «reciprocidad formal», sino precisamente por la fijación de compensaciones a favor del cónyuge con menos recursos⁶⁹.

3. *Tercer control: examen de la lesividad del pacto en el momento de su ejecución*

Estos pactos están sometidos a otro tipo de riesgo: cuanto más tiempo transcurra desde la celebración del acuerdo hasta la ruptura del matrimonio más probabilidades hay de que el acuerdo inicial devenga lesivo para una de las partes. Por ejemplo, uno de los cónyuges, que había renunciado preventivamente a todo beneficio económico legal tras la ruptura, sufre con posterioridad a la celebración del pacto una enfermedad o un accidente que le impide desarrollar en el futuro su vida profesional.

Ahora bien, a mi juicio, el control de lesividad del pacto (que busca tutelar a uno de los cónyuges de la decisión autónoma que en su día adoptó) debe restringirse a la aparición de circunstancias sobrevenidas, relevantes, no previstas ni razonablemente previsibles en el momento de su celebración y, por supuesto, no imputables a los cónyuges. Es imposible aquí desarrollar con exhaustividad todas las implicaciones que tienen estos presupuestos de aplicación, de modo que me limitaré a citar dos ejemplos que ilustren el problema; el primero, una sentencia española que considera nulo por primera vez un pacto conyugal ante la concurrencia de los citados requisitos y, una segunda norteamericana, que admite, por el contrario, la validez del pacto en cuanto estima que el cambio de circunstancias ya era previsible para la parte perjudicada en el momento de la celebración del mismo⁷⁰.

El primer ejemplo en España es la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de mayo de 2001⁷¹.

Los cónyuges pactan en capitulaciones hechas antes de la celebración del matrimonio, el 27 de diciembre de 1991, el régimen de separación de bienes y acuerdan que «[l]a separación o disolución del futuro matrimonio, en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria, por no producir desequilibrio entre los cónyuges».

La esposa interpone una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la separación y la pensión compensatoria en virtud del artículo 97 del Código Civil, alegando que sus circunstancias actuales difieren considerablemente de las que sirvieron de fundamento para la renuncia a la pensión en el momento del otorgamiento de las capitulaciones. El Juzgado de Primera Instancia otorga a la demandante la cantidad mensual de setenta mil de las antiguas pesetas en concepto de pensión compensatoria. El marido recurre en apelación acerca del abono de dicha pensión. El tribunal entiende, con acierto, que la citada cláusula de

⁶⁹ En este sentido DE AMUNÁTEGUI, C., «Límites a la autonomía de la voluntad», cit., p. 226.

⁷⁰ Un estudio amplio de este tercer tipo de control con el análisis de la problemática derivada de la exigencia de los citados presupuestos de aplicación en RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, cit., pp. 221 y ss.

⁷¹ AC 2001/1599.

renuncia a la pensión contenida en los pactos capitulares, aunque atípica, es válida y eficaz desde el momento de la celebración de la boda al ser la pensión por desequilibrio un derecho disponible. Pero matiza que las circunstancias que hay en el momento del otorgamiento del acuerdo (cada uno de los cónyuges disfrutaba de sus propios ingresos profesionales) son muy distintas a las existentes en el momento de la ruptura matrimonial. Así, considera que el abandono posterior por la esposa de su trabajo profesional para acompañar a su marido en sus desplazamientos por motivos laborales, en cuanto representante en una empresa de laboratorios farmacéuticos, es una circunstancia «(...) suficiente por sí 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 artículo 97 del Código Civil».

Pero no es la anterior la única circunstancia que la Audiencia Provincial tiene en cuenta para confirmar la fijación de la pensión compensatoria acordada por el Juzgado de Primera Instancia: además atiende a la dedicación de la esposa al marido durante seis años y a la atención dada a un hijo de éste, a la carencia de recursos económicos (a excepción de unos pequeños ahorros) y de vivienda por parte de la esposa, a la falta actual de trabajo y de proyección inmediata para su incorporación al mercado laboral (tiene 41 años), a pesar de su capacitación profesional por la posesión de varios títulos y, por último, a su deteriorado estado psíquico. La cantidad concedida por el Juzgado de Primera Instancia a la esposa en concepto de pensión compensatoria no es, en absoluto, excesiva para el marido obligado a prestarla y, a la vez, permite atender a las necesidades más básicas de la esposa.

El tribunal basa su decisión en la teoría de la base del negocio jurídico en su vertiente objetiva, en cuanto conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone el contrato —con independencia de si las conocen o no los contratantes— ya que, en caso de que tales circunstancias no se mantengan, no se alcanzará el fin del contrato y la subsistencia de este no tendrá ya sentido⁷². En su aplicación a este caso concreto, la base que se tiene en

⁷² Señala FLUME, W., *El negocio jurídico*, traducción por Miquel González, J.M. y Gómez Calle, E., Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 1998, pp. 583-584, que la doctrina de la base del negocio es elaborada por Oertmann en su libro *La base del negocio, un nuevo concepto jurídico* en 1921. Alude a la distinción entre base subjetiva y objetiva del negocio. La base subjetiva estaría integrada por las ideas que los contratantes han hecho base de sus decisiones de un modo consciente. Por su parte, la ausencia o desaparición de la base objetiva del negocio se produciría si, por circunstancias no tenidas en cuenta por los contratantes, el contrato queda sin su sentido inicial. Señala, además, Flume que en la doctrina de la desaparición o modificación de la base objetiva del negocio revivió la antigua figura de la cláusula *rebus sic stantibus*. Una explicación pormenorizada sobre la figura de la base del negocio jurídico, y la dudosa conveniencia de su recepción en el derecho español en cuanto creada como remedio para llenar el vacío existente en el ordenamiento alemán por el abandono del sistema causalista del Derecho común en DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, reedición de la obra publicada en 1967, Madrid (Civitas), 1991, pp. 324-326. De modo reciente la STS, 1.ª, de 30.6.2014 (RJ 2014/3526) señala que la construcción de la cláusula *rebus sic stantibus* debe hacerse, entre otros criterios, sobre la doctrina de la base del negocio. Estudios recientes de la citada cláusula pueden consultarse en PARRA LUCÁN, M.A., «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret* núm. 4, 2015, pp. 1 y ss. y ORDUÑA MORENO, J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»: desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y derecho comparado*, 2ª ed.,

cuenta al otorgar el pacto es la independencia económica de cada cónyuge. Como tal independencia desaparece, la subsistencia del pacto de renuncia a la pensión por desequilibrio carece de sentido⁷³.

De signo contrario es el interesante caso norteamericano *Hardee v. Hardee*⁷⁴. Antes de la celebración del matrimonio se concierta un pacto prematrimonial por el que Mary (divorciada, con hijos y con un problema de diabetes y de riñones) renuncia a la *spousal support*, entre otras previsiones. El abogado le recomienda que no firme el pacto en estas condiciones ya que existe una elevada probabilidad de que su enfermedad empeore. Pero finalmente firma el pacto y se casa. Algunos años más tarde Mary solicita el divorcio al enterarse de la infidelidad de su marido con otra mujer. Su estado de salud había empeorado considerablemente; de hecho, estaba incapacitada y era dependiente desde el punto de vista económico. El tribunal inferior declara ineficaz el pacto prematrimonial y condena al marido a abonar una cantidad mensual en concepto de prestación compensatoria. Pero el marido (Jerry) recurre la sentencia y el tribunal de apelación del estado de Carolina del Sur entiende que el pacto es eficaz debido a que el empeoramiento de la enfermedad de Mary pudo ser previsto razonablemente en el momento del otorgamiento del pacto. Además, estima importante el hecho de que el abogado ya hubiera advertido a la mujer sobre este extremo concreto en tal momento.

IV. CONCLUSIONES

El reconocimiento de la validez de los pactos en previsión de crisis matrimonial por parte del Tribunal Supremo en tres sentencias dictadas, respectivamente, en 2011, 2015 y 2018, es conforme, sin duda, con un ordenamiento como el español en el que se busca dar prioridad a la voluntad de los cónyuges para la resolución de las cuestiones relativas a su ruptura matrimonial.

Tal admisión jurisprudencial de este tipo de pactos goza de gran relevancia en la medida en que no existe una regulación actual de los mismos en la normativa civil estatal, aunque esta figura sí cuenta con un desarrollo pormenorizado en el Código Civil de Cataluña. Los pactos de pre-ruptura conyugal constituyen una expresión de la autonomía de la voluntad a la que va ligada una serie de ventajas; entre otras, estos acuerdos ayudan a evitar futuros litigios entre los cónyuges y, a la vez, posibilitan una mejor organización de la vida matrimonial acorde con los intereses de aquellos.

Navarra (Thomson Civitas), 2017, y en su aplicación al Derecho de familia véase MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «Supuestos de cláusula “*rebus sic stantibus*” en el Derecho de Familia», en TORRES GARCÍA, T. (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado. Carmona III*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 467 y ss.

⁷³ Un análisis pormenorizado de tal sentencia en ALLUEVA AZNAR, L., *Pensión compensatoria y autonomía privada familiar*, cit., pp. 297-299.

⁷⁴ 585 S.E.2d 501 [S.C. 2003].

Pero tan necesaria es su admisión como la determinación de los límites a los que tales pactos han de sujetarse, en especial, si se cae en la cuenta de la asimetría contractual que con frecuencia les caracteriza, ya que, en buena parte de los casos, la mujer suele encontrarse en una posición negociadora débil debido fundamentalmente a una situación de desigualdad económica. De ahí que sea imprescindible la tarea de desarrollar el sistema de control al que deberían someterse tales pactos, tanto en el momento de su celebración como en el momento de su ejecución.

Es aconsejable el otorgamiento de estos pactos en escritura pública o en capitulaciones matrimoniales, de ahí que el notario asume un protagonismo esencial en este ámbito en cuanto cumple su deber de asesoramiento neutral a las partes y en cuanto ejercita el control de legalidad en el momento de la celebración del acuerdo; control que versa sobre la formación de un consentimiento libre, voluntario y no viciado y sobre la adecuación del pacto al ordenamiento jurídico. En particular, ha de extremarse la supervisión en relación con aquellos acuerdos que puedan suponer una vulneración del orden público, o bien porque implican una desigualdad de trato entre los otorgantes de los mismos o bien porque inciden en la cobertura de las necesidades básicas de los cónyuges.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALLUEVA AZNAR, L., *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 1328 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Madrid (Tecnos), 1984, pp. 1536 y ss.
- ANGUITA VILLANUEVA, L.A., «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los EE.UU. de América a la realidad española», en RAMS ALBESA, J., DE AMUNÁTEGUI, C., SERRANO, E. Y ANGUITA, L.A. (coords.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid (Dykinson), 2010, pp. 275 y ss.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Madrid (Tecnos), 2018.
- AYERRA MICHELENA, K., *Derecho Civil Vasco de Familia. Comentario crítico a la Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, 1.^a ed., Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2016.
- BARRIO GALLARDO, A., *Autonomía privada y matrimonio*, Madrid (Reus), 2016.
- BIX, B.H., «The ALI Principles and Agreements: Seeking a balance between Status and Contract», en *Reconceiving the Family. Critique on the American Law Institute's*

Principles of the Law of Family Dissolution, New York (Cambridge University Press), 2006, pp. 372 y ss.

BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAR-
EBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W., *Principles of European
Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Cambridge-Antwerp
and Portland (Intersentia), 2013.

BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMNER, I., *European Family Law
in Action, Property Relations between Spouses*, vol. IV, Antwerp-Oxford-Portland
(Intersentia), 2009.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos. Un
manual para estudiantes de toda condición*, Madrid (Dilex), 2006.

CERVILLA GARZÓN, M.D., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura.
Un estudio de Derecho Comparado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.

CERVILLA GARZÓN, M.D., «Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Al-
gunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de
mayo de 2018 y de 15 de octubre de 2018», *La Ley*, núm. 9301, 19 de noviembre
de 2018.

DE AMUNÁTEGUI, C., «Límites a la autonomía de la voluntad en las relaciones
económicas de casados y uniones de pareja», en PARRA LUCÁN, M.A. (dir.),
La autonomía privada en el Derecho Civil, Cizur Menor (Thomson Reuters
Aranzadi), 2016, pp. 173 y ss.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, reedición de la obra de 1967, Ma-
drid (Civitas), 1991.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «Pactos conyugales no contenidos en el convenio
regulador», *RCDI*, núm. 730, marzo-abril 2012, pp. 1037 y ss.

DETHLOFF, N., «Contracting in Family Law: a European Perspective», en BOELE-
WOELKI, K., MILES, J. y SCHERPE, J.M. (eds.), *The Future of Family Property
in Europe*, Cambridge-Antwerp, Portland (Intersentia), 2011, pp. 65 y ss.

EGEA I FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una
ruptura matrimonial», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-
Picazo*, vol. III, Madrid (Thomson Civitas), 2003, pp. 4551 y ss.

EISENBERG, M.A., «The Limits of Cognition and the Limits of Contract», *Stanford
Law Review*, núm. 47, 1995, pp. 211 y ss.

FERRER I RIBA, J., «Comentari al article 233-16 del Codi Civil de Catalunya», en
EGEA I FERNÁNDEZ, J. y FERRER I RIBA, J. (dirs.), *Comentari al Llibre*

- Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona (Atelier), 2014, pp. 477 y ss.
- FERRER I RIBA, J., «Comentari al article 233-14 del Codi Civil de Catalunya», en EGEA I FERNÁNDEZ, J. y FERRER I RIBA, J. (dirs.), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona (Atelier), 2014, pp. 461 y ss.
- FERRER I RIBA, J., «El nuevo derecho de la persona y de la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña», *InDret* núm. 3, 2010.
- FLUME, W., *El negocio jurídico*, traducción por Miquel González, J.M. y Gómez Calle, E., Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 1998.
- FRANCK, J.U., «So Hedge Therefore, Who Join Forever: Understanding The Interrelation of No-Fault Divorce and Premarital Contracts», *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 23, 2009, pp. 235 y ss.
- GARCÍA RUBIO, M.P., «“Precautionary” agreements on the economic consequences of matrimonial crisis: Are they lawful under Spanish Law?», en MARTÍN-CASALS, M., y RIBOT IGUALADA, J., (eds.), *The Role of Self-Determination in the Modernisation of Family Law in Europe*, Girona (Documentia Universitaria), 2006, pp. 89 y ss.
- GARCÍA RUBIO, M.P., «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia», en *Nuevos Retos de Derecho de Familia. Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho Catalán*, Tossa de Mar, Girona (Documentia Universitaria), 2005, pp. 95 y ss.
- GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, 1.^a ed., Madrid (Civitas), 1995.
- GINÉS CASTELLET, N., «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos de pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña», *RCDI*, núm. 727, 2011, pp. 2577 y ss.
- HASDAY, J.E., *Family Law Reimagined*, USA (Harvard University Press), 2014.
- KATZ, S.N., *Family Law in America*, New York (Oxford University Press), 2011.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil*, IV, 4^a ed., Madrid (Dykinson), 2010.
- LAMARCA I MARQUÉS, A., «The Changing Concept of “Family” and Challenges for Family Law in Spain and Catalonia», en SCHERPE, J.M. (ed.), *European Family Law*, vol. II (The Changing Concept of “Family” and Challenges for Do-

- mestic Family Law), Cheltenham, UK-Northampton MA, USA (Edward Elgar Publishing Limited), 2016, pp. 289 y ss.
- LAMARCA I MARQUÉS, A., «Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència», en *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família, Materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona (Documentia Universitaria), 2013, pp. 445 y ss.
- LEESON, P.T. y PIERSON, J., «Prenups», *Journal of Legal Studies*, núm. 45, 2016, pp. 367 y ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, Madrid (Tecnos), 2011.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «Supuestos de cláusula “*rebus sic stantibus*” en el Derecho de Familia», en TORRES GARCÍA, T. (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado. Carmona III*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 467 y ss.
- MEDINA ALCOZ, M., «Los acuerdos prematrimoniales: Análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común», en ECHEVARRÍA DE RADA, T. (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho de Familia*, Madrid (La Ley), 2013, pp. 281 y ss.
- MYERS, J.E.B. y KRAUSE, H.D., *Family Law in a Nutshell*, 6.^a ed., St. Paul Minn. (West Academic Publishing), 2017.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., «La moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en la contratación», en PARRA LUCÁN, M.A. (dir.), *Derecho y Autonomía privada: Una visión comparada e interdisciplinar*, Granada (Comares), 2017, pp. 219 y ss.
- ORDUÑA MORENO, J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»: desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y derecho comparado*, 2.^a ed., Navarra (Thomson Civitas), 2017.
- PARRA LUCÁN, M.A., «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret*, núm. 4, 2015, pp. 1 y ss.
- PAZ-ARES, I., «Previsiones capitulares», en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y provisiones capitulares*, Homenaje a Luis Zarraluqui, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid (Dykinson), 2008, pp. 97 y ss.

- PÉREZ HEREZA, J., «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», *Academia Matritense del Notariado*, T. XLVIII, Curso 2007-2008, Madrid (Colegio Notarial de Madrid), 2008, pp. 548 y ss.
- PINTO ANDRADE, C., *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Colección Práctica Jurídica, Barcelona (Bosch), 2010.
- QUICIOS MOLINA, M.S., «Comentario a la STS 24.6.2015. El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 2016, pp. 191 y ss.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Cizur Menor (Thomson Aranzadi), 2018.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019 (pendiente de publicación).
- SCHERPE, J.M., *The Present and Future of European Family Law*, Vol. IV, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA (Edward Elgar Publishing Limited), 2016.
- SCHERPE, J.M., «Marital Agreements», en *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, Oxford (Oxford University Press), 2012, pp. 1134 y ss.
- SCHERPE, J.M., «Introduction to the Project», en SCHERPE, J.M. (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford (Hart Publishing), 2012, pp. 1 y ss.
- SCHERPE, J.M., «Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective», en SCHERPE, J.M. (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford (Hart Publishing), 2012, pp. 443 y ss.
- SCHERPE, J.M., «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*. Equidad, libertad y “elementos extranjeros”», *InDret*, núm. 2, 2012.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña», en BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S. (coords.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia: libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona (Bosch), 2011, pp. 327 y ss.
- SOLÉ FELIÚ, J., «Comentario al artículo 231-20 Codi Civil de Catalunya», en EGEA I FERNÁNDEZ, J. y FERRER I RIBA, J. (dirs.), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona (Atelier), 2014, pp. 146 y ss.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Newark, NJ (LexisNexis), 2002.

THOMPSON, S., *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice. Issues of Power in Theory and Practice*, Oxford and Portland, Oregon (Hart Publishing), 2015.

WARDLE, L.D., DUNCAN, W. y NOLAN, L.C., *Family and Succession Law in the USA*, 3.^a ed., The Netherlands (Wolters Kluwer), 2016.