

Los requisitos de validez de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial y su eficacia *ex post*

Glenda Labadie Jackson

TESIS DOCTORAL UPF / 2013

DIRECTOR DE LA TESIS

Dr. Josep Ferrer i Riba (Departamento de Derecho)

RESUMEN

La tesis doctoral “*Los requisitos de validez de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial y su eficacia ex post*”, se enmarca, a partir de un análisis comparado, en el estudio del desarrollo de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación como instrumentos reguladores de las relaciones familiares.

La tesis se centra, en concreto, en una de las manifestaciones modernas de dicho desarrollo, a saber, los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Estos se analizan a partir de las doctrinas clásicas del Derecho de contratos y de diversos instrumentos del Derecho de familia con el objeto de exponer diversas propuestas de mecanismos de control de su validez *ex ante* y de su eficacia *ex post*.

ÍNDICE

ABREVIATURAS-----	1
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN: AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO DE FAMILIA

1. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES-----	5
1.1 Planteamiento-----	5
1.2 El desarrollo de un ordenamiento privado regulador del matrimonio y de sus consecuencias-----	9
2. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL MATRIMONIO-----	12
2.1 Libertad de constituir el vínculo matrimonial --	13
2.2 Características singulares del matrimonio que lo distinguen de otros contratos-----	19
2.2.1 La incoercibilidad de los deberes matrimoniales-----	19
2.2.2 Contrato con posibilidad de disolución unilateral-----	22
3. LIBERTAD DE PACTAR EL CONTENIDO DEL MATRIMONIO ANTE UN SISTEMA]ROBUSTO DE NORMAS POR DEFECTO -----	25

CAPÍTULO SEGUNDO. LA ADMISIBILIDAD DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL

1. TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES-----	34
2. EL ORIGEN HISTÓRICO: LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL EN LOS ESTADOS UNIDOS-----	42

2.1	Introducción-----	42
2.2	Delimitación terminológica-----	44
2.3	Desarrollo histórico-----	46
2.3.1	Antecedentes-----	46
2.3.2	Regla tradicional: la nulidad de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial por contravención del orden público-----	50
2.3.3	La transición hacia el reconocimiento jurídico de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial-----	53
2.3.4	Movimiento uniformador-----	57
3.	DESARROLLOS EUROPEOS-----	65
3.1	Admisibilidad de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en Europa-----	65
3.2	Derecho español-----	71
3.2.1	Derecho estatal-----	71
3.2.2	Derecho catalán-----	80
 CAPÍTULO TERCERO. LA VALIDEZ EX ANTE DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL		
1.	LIBERTAD Y VOLUNTARIEDAD DEL CONSENTIMIENTO-----	85
1.1	Introducción-----	85

1.2 Presión indebida-----	87
1.2.1 Presión indebida e intimidación-----	88
1.2.2 Restricciones temporales-----	93
1.3 Estado mental y psicológico-----	97
1.3.1 Vicios del consentimiento-----	98
1.3.2 Economía del comportamiento-----	104
2. CAUTELAS PRECONTRACTUALES ESPECIALES-----	110
2.1 Acotaciones iniciales-----	110
2.2 Requisitos de forma-----	112
2.3 Asesoramiento legal previo-----	117
2.3.1 Planteamiento-----	117
2.3.2 Alcance del requisito de asesoramiento legal-----	120
2.3.3 Consecuencia de la inobservancia del requisito de asesoramiento legal-----	128
3. REVELACIÓN DE INFORMACIÓN ECONÓMICA-----	131
3.1 Planteamiento-----	131
3.2 Contenido del deber de información-----	133
3.3 Deber de diligencia-----	138
3.4 La inobservancia del deber de información----	141

3.4.1	Consecuencias de la inobservancia cuando esta se analiza a partir de la doctrina clásica de los vicios del consentimiento-----	141
3.4.2	La inobservancia del deber de información como un problema de eficacia-----	150
3.4.3	Acción de nulidad-----	153
3.5	Reflexiones finales-----	155

CAPÍTULO CUARTO. CUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL Y LÍMITES A SU EFICACIA *EX POST*

1.	PLANTEAMIENTO GENERAL-----	159
2.	CAMBIOS EN LAS CIRCUNSTANCIAS-----	164
2.1	Introducción-----	164
2.2	La doctrina de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> --	167
2.2.1	Ajuste o modificación de los presupuestos de la doctrina de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en el contexto de los acuerdos en previsión matrimonial-----	176
2.2.2	Posibilidad de descartar el criterio de imprevisibilidad-----	180
2.2.3	Reflexiones adicionales-----	181
2.3	Cambios sobrevenidos que producen la caída de la base objetiva del negocio-----	186
2.3.1	Planteamiento-----	186

2.3.2	La doctrina de la caída de la base objetiva del negocio y su aplicación a los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial---	187
3.	EFICACIA CONTRACTUAL E INJUSTICIA-----	196
3.1	Pactos que afectan a terceros y necesidad de evitar externalidades negativas-----	196
3.2	Pactos que restringen la libertad de salir del matrimonio-----	207
3.2.1	Restricciones directas: pactos que limitan las causas del de divorcio-----	207
3.2.2	Restricciones indirectas: pactos cuyas consecuencias económicas coartan de hecho la facultad de pedir el divorcio--	212
3.3	Pactos que establecen las consecuencias del incumplimiento de los deberes matrimoniales--- -----	223
	CONCLUSIONES -----	232
	BIBLIOGRAFÍA -----	261

ABREVIATURAS

ABA	American Bar Association
AC	Aranzadi Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ALI	American Law Institute
ALI Principles	ALI Principles of the Law of Family Dissolution
ALR	American Law Reports
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.	Contra
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil español de 1889
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CCCat.	Código Civil de Cataluña
CE	Constitución española (1978)
Cfr.	Confróntese
Cit.	Obra citada con anterioridad
Coord.	Coordinador
DCFR	Draft Common Frame of Reference

Dir.	Director
Ed.	Editor
Ibídem.	Fuente citada antes
Nº/núm.	Número
P./pp.	Página/s
RC	Registro Civil
RD	Real Decreto
RJ	Repertorio jurisprudencia Aranzadi
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
UPAA	Uniform Premarital Agreement Act

UMPAA

Uniform Marital and Premarital
Agreement Act

V.

Versus

Vol.

Volumen

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN: AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO DE FAMILIA

1. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES

1.1 PLANTEAMIENTO

El punto de partida del estudio de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial debe ser el análisis del lugar que actualmente corresponde a la autonomía privada en la regulación de las relaciones familiares.

La autonomía privada en materia de contratos, como es sabido, se manifiesta primordialmente a través del principio de la libertad contractual, que implica el reconocimiento de determinadas esferas que pueden ser objeto de regulación privada. En tal marco, el Estado, por medio de su poder coercitivo y con ciertos límites, ejerce la función de garantizar el cumplimiento de las normas creadas por los individuos.

A pesar de que los órganos del Estado aún imponen múltiples cortapisas a la libertad de contratación en el ámbito del Derecho de familia, no hay duda de que hoy día ha quedado superado el debate acerca de si la autonomía privada tiene cabida en este ámbito.

Los ordenamientos jurídicos que constituirán los dos puntos de referencia principales en el presente escrito —el español y el estadounidense—precisamente presentan como nota común el

momento histórico en el que comenzó a despuntar la idea de la admisibilidad de la regulación privada de las relaciones familiares.

Así, hace más de medio siglo, DÍEZ-PICAZO en un breve ensayo titulado “El negocio jurídico del Derecho de familia”¹ acuñó en España el concepto de *negocio jurídico familiar*, que definió como “*aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar.*”²

En una obra posterior, dicho autor —sin dejar de reconocer los factores que limitan la autonomía privada en este ámbito, particularmente los referentes al orden público familiar— subrayó que el principio de la igualdad entre los individuos, así como el pluralismo en los modelos de vida, justificaban la admisibilidad de los negocios jurídicos familiares.³

En los Estados Unidos, la concepción de la importancia de la aplicación de los conceptos de autonomía (“*decisional autonomy*”) y de privacidad (“*individual privacy*”) en el contexto de la regulación de las relaciones familiares se le atribuye a las ideas esbozadas por ROSCOE POUND en su influyente artículo “*Individual interests in the domestic relations*”.⁴ Sin embargo, no

¹ El ensayo fue publicado originalmente en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XLIV, 1962, pp. 771 a 792. También fue publicado en una obra independiente: DÍEZ-PICAZO, Luis, *El negocio jurídico del Derecho de familia*, Editorial Reus, Madrid, 1962, pp. 1 a 24.

² DÍEZ-PICAZO, Luis, *El negocio jurídico*, cit., p. 12.

³ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 89 a 93.

⁴ POUND, Roscoe, “Individual interests in the domestic relations”, 14 *Michigan Law Review*, 1916, pp. 177 y ss.

fue hasta los años setenta que dicha concepción comenzó a ejercer una influencia importante en la regulación del Derecho de familia estadounidense.⁵

Recientemente se ha atestiguado un indudable despunte del desarrollo de un ordenamiento privado regulador de las relaciones familiares. De ahí que haya comenzado a hablarse insistentemente del fenómeno de la “*subjetivización*”, “*desregulación*” o “*privatización*” del Derecho de familia, conceptos que se utilizan para describir el progresivo ensanchamiento de la libertad de contratación en este ámbito.

En España, dicho fenómeno suele atribuirse a la entrada en vigor de las leyes reformadoras del Código Civil de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, que le concedieron una mayor importancia a la autonomía privada en este ámbito, lo que se refleja en las nuevas concepciones acerca de la organización familiar y en la admisibilidad de distintos tipos de pactos entre los cónyuges.⁶

Asimismo, a partir de la década de los años setenta uno de los rasgos característicos del Derecho de familia estadounidense ha sido la contractualización (“*contractualization*”) de las relaciones familiares.⁷

⁵ Para el desarrollo histórico de dichos conceptos, véase WARREN, Samuel D. y BRANDEIS, Louis D., “The right to privacy”, 4 *Harvard Law Review*, 1890, p. 193; BELLAH, Robert, *Habits of the heart: Individualism and commitment in American life*, University of California Press, California, 1985; SINGER, Jana B., “The privatization of family law”, *Wisconsin Law Review*, 1992, pp. 1509 y ss.

⁶ ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social: De la casa a la persona*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 70 y ss.

⁷ HAFEN, Bruce C., “Individualism and autonomy in family law: The waning of belonging”, *Brigham Young University Law Review*, 1991, p.1; STAKE, Jeffrey

Por otra parte, el reconocimiento de derechos fundamentales en las constituciones democráticas frecuentemente se identifica como otro factor que ha ejercido influencia en el proceso de privatización de las relaciones familiares. Así, la llamada “constitucionalización” del Derecho de familia ha desembocado en la adopción de normas reguladoras de las relaciones jurídico-familiares justificadas a partir de valores y principios constitucionales compatibles con la privatización, tales como la libertad y la autonomía individual.⁸

Estas cuestiones, como se verá, reconducen a uno de los interrogantes siempre presentes en el Derecho de familia, a saber, cómo formular un adecuado equilibrio entre los derechos

Evans, “Roundtable: Opportunities for and limitations of private ordering in family law”, *73 Indiana Law Journal*, 1998, p. 535.

⁸ El origen del cambio en la forma de concebir las relaciones familiares, manifestado en la regulación del Derecho de familia español, suele atribuirse al reconocimiento de derechos fundamentales en la Constitución de España. Véase IBÁN PÉREZ, Iván Carlos, “El matrimonio en la Constitución”, *Revista de Derecho privado*, Número 64, 1980, pp. 137 a 145; PERLINGIERI, Pietro, “La familia en el sistema constitucional español”, *Revista de Derecho privado*, Número 72, 1988, pp. 107 a 113; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “La familia en la Constitución española”, *Revista española de Derecho constitucional*, Número 20, 2000, pp. 11 a 43.

Asimismo, en los Estados Unidos, en la década de los años setenta, el Tribunal Supremo, valiéndose de los conceptos de autonomía, privacidad y libertad, comenzó a conferir protección constitucional a una gama de decisiones individuales de los integrantes de la familia. Véase HAFEN, Bruce C., “Individualism and autonomy”, *cit.*, p. 2; GLENDON, Mary Ann, *The transformation of family law: State, law, and family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago, 1989, pp. 88 a 89; WARDLE, Lynn D., “Lessons from the Bill of Rights about constitutional protection for marriage”, *38 Loyola University of Chicago Law Journal*, 2007, pp. 285 a 291; MEYER, David D., “The constitutionalization of family law”, *42 Family Law Quarterly*, 2008, p. 529.

familiares e individuales, por un lado, y los intereses estatales, por el otro.

1.2 EL DESARROLLO DE UN ORDENAMIENTO PRIVADO REGULADOR DEL MATRIMONIO Y DE SUS CONSECUENCIAS

La formulación de normas privadas que han venido a suplantar o complementar las reglas impuestas por el Estado se ha extendido virtualmente a todos los órdenes del Derecho de familia. Se manifiesta, sin embargo, de forma más patente en el ámbito del matrimonio, lo que posibilita que los cónyuges formulen normas que se ajusten a sus circunstancias y necesidades particulares y provean sus propias soluciones a problemas para los que no necesariamente las reglas estatales por defecto son adecuadas.⁹

Además de los factores que esboqué anteriormente que han ejercido influencia en el proceso de la privatización del Derecho de familia, se ha indicado que un factor adicional que puede haber contribuido a la privatización del matrimonio es la “disgregación entre el Derecho matrimonial y la moral”, esto es, la tendencia que refleja que las concepciones morales acerca de las relaciones de pareja paulatinamente han dejado de ocupar un rol central en el discurso jurídico. Ello pudiera hacer más difícil justificar la intervención estatal intensa en este ámbito y

⁹Por ejemplo, en otros ámbitos, como en de la constitución de las relaciones paternofiliales, está potenciándose cada vez más el respeto a la autonomía privada y la libertad de contratación. HAFEN, Bruce C., “The constitutional status of marriage, kinship, and sexual privacy; balancing the individual and social interests”, 81 *Michigan Law Review*, 1983, p. 463; SINGER, Jana B., *cit.*, pp. 1531 a 1535.

descartar la institución del contrato como instrumento regulador de las relaciones matrimoniales y de sus consecuencias.¹⁰

De hecho, la transformación de la institución del divorcio durante los últimos cuarenta años precisamente constituye el rechazo a la concepción de que los cónyuges debían mantenerse vinculados a menos que alguno de ellos incumpliera los deberes matrimoniales impuestos por ley. El divorcio culposo y sus consecuencias eran, en cierta medida, un reflejo del sentido moral social de cómo debía ser la relación entre los esposos. Sin embargo, el divorcio sin culpa vino a trasladar a la pareja la facultad de determinar cuáles son las obligaciones personales cuyo incumplimiento ha de motivar la ruptura matrimonial.

Dichas transformaciones acerca de la concepción del matrimonio y del divorcio han facilitado el desarrollo de un orden contractual privado en este contexto. Se favorece, pues, que sean las partes, por la vía contractual, las que determinen las consecuencias del matrimonio y de su disolución, a tono con sus intereses, expectativas y concepciones morales individuales.

Por otro lado, cabe indicar que la progresiva privatización del matrimonio también es asociada con el rechazo a los roles tradicionales definidos en función de género.¹¹ En este ámbito

¹⁰ SCHNEIDER, Carl E., "Moral discourse and the transformation of American family law", 83 *Michigan Law Review*, 1985, pp. 1807 a 1808; GLENDON, Mary Ann, *Rights talk: The impoverishment of political discourse*, The Free Press, New York, 1991, pp. 12 a 15.

¹¹ El Artículo 32 de la Constitución de España reconoce el principio de igualdad de los esposos. Dicho principio también ha sido un subtema de las decisiones judiciales del Tribunal Supremo de los Estados Unidos relativas al derecho constitucional a la privacidad y a la autonomía individual en el

subyace la idea de que la perfección de un contrato es una “empresa igualitaria” —al menos en teoría— que viene precedida del consentimiento de personas independientes y autónomas. En consecuencia, la contractualización del matrimonio tradicionalmente se ha concebido como una forma adicional de reconocer la igualdad formal del hombre y la mujer, argumento que se ha utilizado por algunos autores para apoyar la admisibilidad de los acuerdos matrimoniales.¹²

A mi juicio, dicha concepción es poco realista. La concepción de que el contrato constituye un instrumento que ayuda a prevenir las desigualdades en función de género quiebra ante la realidad de que en la práctica los acuerdos matrimoniales tienden a perjudicar al cónyuge económicamente más vulnerable, que en la mayoría de los casos todavía sigue siendo la esposa. Ello implica que este tipo de contrato no necesariamente previene la distribución desigual de recursos en perjuicio de las mujeres.¹³

contexto de las relaciones familiares. Véase, a modo de ejemplo, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), que resolvió que el derecho a contraer matrimonio es de carácter constitucional.

¹² LLYOD R. COHEN sostiene que los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial pueden contribuir a alterar dichos roles, lo que inclinaría la balanza a favor de las mujeres. No obstante, es interesante que pone de relieve que las mujeres que asumen el rol “tradicional” son las que con menos probabilidad lleguen a negociar un contrato en previsión de ruptura matrimonial que les favorezca. COHEN, Llyod R., “Marriage: The long-term contract” en *The law and economics of marriage and divorce* (editado por DNES, Antony W. y ROWTHORN, Robert), Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, p. 29. Véase, además, GUGGENHEIMER, Leah, “A modest proposal: The feminomics of drafting premarital agreements”, 17 *Women’s Rights Law Reporter*, 1996, p. 147.

¹³BROD, Gail Frommer, “Premarital agreements and gender justice”, 6 *Yale Journal of Law & Feminism*, 1994, p. 235.

En ese sentido, es importante destacar que el valor que tiene la privatización del matrimonio presupone que la autonomía privada está limitada primordialmente por barreras impuestas por el Estado y no por las que surgen a raíz de las concentraciones privadas de riqueza o de poder. Si las segundas son las que limitan el control de los individuos sobre este tipo de aspecto fundamental de sus vidas es probable que la privatización exacerbe el problema. De hecho, como se expondrá a lo largo del presente escrito, precisamente en estos supuestos la protección estatal podría ser aún más necesaria para evitar injusticias.¹⁴

En consecuencia, aunque el concepto de privatización tiende a entrelazarse con los de capacidad y libertad de elección, las alternativas que tienen los individuos para organizar las relaciones matrimoniales y familiares siempre habrán de quedar restringidas por sus condiciones sociales, económicas, psicológicas y la privatización tiende a contribuir muy poco a cambiarlas.

2. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL MATRIMONIO

El tema de la aplicación del principio de la libertad de contratación en los aludidos contextos reconduce al debate en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio, que históricamente ha tenido notable importancia toda vez que ha contribuido a la construcción teórica del Derecho matrimonial.¹⁵

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Los límites del escrito impiden analizar todas las cuestiones que plantea el tema de la naturaleza jurídica del matrimonio, pugna antigua pero de la que todavía queda algunos vestigios. A modo de ejemplo, cabe señalar que uno de

2.1 LIBERTAD DE CONSTITUIR EL VÍNCULO MATRIMONIAL

Conviene subrayar que la doctrina española mayoritaria ha otorgado al matrimonio naturaleza de negocio jurídico. En concreto, el matrimonio se ha categorizado como un “un negocio jurídico de Derecho de familia”.¹⁶ El hecho de que se considere que el matrimonio es un negocio jurídico ha llevado consiguientemente a debatir si es posible ubicarlo en la categoría general de los contratos.

Uno de los argumentos principales con los que se ha enfrentado la concepción contractualista del matrimonio es que este no encaja en la construcción jurídica tradicional del contrato porque es el Estado, y no los contratantes, el que establece la mayoría de las obligaciones y derechos matrimoniales. Dicha concepción, a mi juicio, parte del presupuesto de que para que haya contrato no es suficiente que una manifestación bilateral de voluntad produzca efectos

los debates clásicos es el que gira primordialmente en torno al interrogante de si el matrimonio es un acto o un negocio jurídico. Véase DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 2004, p. 63.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, *El negocio jurídico*, cit., p. 12. Algunos de los autores españoles que coinciden con respecto a dicha clasificación del matrimonio son: ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958, p. 70; BONET, Ramón, *Compendio de Derecho civil*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1959, p. 616; PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho civil español*, Tomo I, Barcelona, 1966, p. 601; ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, p. 410; SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 629; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 27.

jurídicos, sino que es preciso, además, que todos sean convenidos por las partes.

Discrepo de la concepción antes esbozada. El hecho de que el ordenamiento restrinja la libertad de establecer el contenido de determinados negocios no los priva de su carácter contractual. Así, no es obstáculo a la concepción del matrimonio como contrato el hecho de que la mayoría de los derechos y obligaciones matrimoniales sean definidos por el Estado. Una serie de imperativos económicos y sociales pueden exigir que el contenido de determinados contratos —como son, por ejemplo, el contrato de trabajo y el de arrendamiento— no se deje al juego de la autonomía privada y que el Estado los dote de un contenido primordialmente imperativo. Son muchos los casos en los que, incluso, un contratante se adhiere a una serie de normas impuestas por el otro contratante, sin que se niegue el carácter contractual de este tipo de acuerdo.¹⁷

En consecuencia, el matrimonio es un contrato aun si las partes no tienen total libertad para fijar su contenido. En ese sentido, conviene subrayar que la autonomía privada, manifestada a través del principio de la libertad contractual, tiene dos dimensiones fundamentales. La primera consiste en la posibilidad de contratar o no contratar. La segunda dimensión se manifiesta en la posibilidad de fijar el contenido del contrato. A mi modo de ver, el elemento verdaderamente distintivo del contrato estriba en la

¹⁷DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema, cit.*, pp. 31 a 34 y 77 a 80.

primera dimensión, esto es, en el libre acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos.¹⁸

La referida doble dimensión de la autonomía privada es particularmente relevante en el ámbito del matrimonio. La primera dimensión siempre se ha dado por existente, sin mayores cuestionamientos. De hecho, por mucho tiempo se entendía que la única —o al menos, la principal— manifestación de la autonomía privada en este contexto consistía en la libertad de entrar o no entrar en la relación matrimonial.

La segunda dimensión, esto es, la autonomía de los cónyuges de pactar los términos de la relación es fruto de una elaboración más moderna del Derecho matrimonial. En consecuencia, la contractualización del matrimonio es el resultado del reconocimiento paulatino de la facultad de los cónyuges de otorgar acuerdos con el objeto de regular el matrimonio, tanto en supuestos de normalidad, como en casos de crisis o ruptura. Ello, sin duda, ha provocado que actualmente el acento se coloque en los límites de dicha facultad.

Por otra parte, el hecho de que el matrimonio tenga otros fines que no sean económicos tampoco le priva de su naturaleza contractual. De hecho, existen otros contratos cuya naturaleza como tales no se cuestiona, a pesar de que no consisten en un mero intercambio de bienes y persiguen finalidades más personales como, por ejemplo, un contrato en virtud del que una persona se encarga de cuidar a otra.

¹⁸ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho civil, Vol. I*, Tomo 2, Tecnos, Madrid, 1998, p. 23.

De la exposición previa se deduce: primero, la limitación, o incluso la carencia, de la libertad para determinar el contenido del contrato no resulta antitética al concepto del contrato; segundo, el ámbito limitado de autonomía privada no es un elemento exclusivo del matrimonio.

Por consiguiente, cabe concluir que el hecho de que determinados aspectos del matrimonio vengan establecidos de modo imperativo por el ordenamiento jurídico y que existan mayores límites a la autonomía privada en este ámbito no altera la conclusión de que el matrimonio efectivamente es un contrato.

A modo comparativo, merece la pena analizar brevemente si en los Estados Unidos también se ha adoptado la caracterización del matrimonio como contrato. En dicho ordenamiento también han surgido debates importantes acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio. En concreto, la discusión se ha centrado en el interrogante de si es acertada la caracterización del matrimonio como una institución que históricamente ha dejado de ser un estatus para convertirse en un contrato.¹⁹ En

¹⁹ CASAD, Robert C., "Unmarried couples and unjust enrichment: From status to contract and back again?", 77 *Michigan Law Review*, 1978, pp. 51 a 54; GLENDON, Mary Ann, *The new family and the new property*, Butterworth's, Toronto, 1981, pp. 43 y ss. Se han esbozado diferentes argumentos para cuestionar la caracterización de la evolución histórica del matrimonio como una transición de estatus a contrato. Por ejemplo, se ha argumentado que existe evidencia histórica de que el carácter contractual del matrimonio tiene orígenes antiguos, toda vez que en el Medioevo los esposos podían establecer o modificar sus derechos y deberes maritales sin la intervención del Estado. STONE, Lawrence, *Uncertain unions and broken lives, Marriage and divorce in England*, Oxford University Press, USA, 1995, pp. 20 a 25. Otros comentaristas han indicado que en las últimas décadas ha perdido terreno la influencia de las visiones religiosas en el desarrollo del Derecho matrimonial. Por tanto, arguyen que la transición no ha sido de estatus a contrato, sino más bien de "sacramento a contrato". WITTE, John, *From sacrament to*

cualquier caso, lo cierto es que la abrumadora mayoría de los autores estadounidenses también han adoptado la concepción de que el matrimonio es un contrato. En apoyo de dicha conclusión se ha utilizado tradicionalmente, con buen juicio, el argumento de que lo fundamental es que las decisiones con respecto a si, con quién y cuándo contraer matrimonio recaen en la voluntad de los futuros cónyuges.²⁰

Por otro lado, cabe resaltar que no faltan los que equiparan el matrimonio con una sociedad (“*partnership*”) de un par de socios que aportan recursos, comparten responsabilidades y asumen riesgos en común. La caracterización se basa primordialmente en el argumento de que el matrimonio implica un intercambio de promesas que persigue la obtención de ganancias —que en el matrimonio también pueden ser no económicas— y los socios pueden aportar contribuciones especializadas diferentes.²¹

Una aproximación más moderna, como se discutirá más adelante, es la que considera irrazonable sujetar al matrimonio a la teoría general de los contratos en vista de que se trata de un

contract: Marriage, religion, and the law in Western tradition, Westminster John Knox Press, Kentucky, 1997, pp. 194 y ss.

²⁰ Véase HAFEN, Bruce C., “Individualism and autonomy”, *cit.*, p. 1.

²¹ Véase, en general, KRAUSKOPF, Joan y THOMAS, Rhonda C., “Partnership marriage: The solution to an ineffective and inequitable law of support”, 35 *Ohio State Law Journal*, 1974, p. 558; STARNES, Cynthia, “Divorce and the displaced homemaker: A discourse on playing with dolls, partnership buyouts and dissociation under no-fault”, 60 *University of Chicago Law Review*, 1993, pp. 119 a 122; DOLGIN, Janet L., “The family in transition: From *Griswold* to *Eisenstadt* and beyond”, 82 *Georgetown Law Journal*, 1994, p. 1534; WAX, Amy L., “Bargaining in the shadow of the market: is there a future for egalitarian marriage?”, 84 *Virginia Law Review*, 1998, p. 509.

contrato relacional ("*relational contract*").²² A tenor de dicha teoría, propulsada primordialmente por los autores ELIZABETH S. Y ROBERT E. SCOTT, se justifica la intervención judicial en este ámbito, incluso cuando las partes otorgan acuerdos matrimoniales. A su entender, ello se fundamenta en el hecho de que en la mayoría de los casos los tribunales disponen de más información que los propios cónyuges con respecto a la naturaleza y a las consecuencias jurídicas del matrimonio.²³

Con todo, el matrimonio, aunque *sui generis*, es un contrato en atención a que se origina en virtud de un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones y produce efectos jurídicos. Sin embargo, presenta determinadas características singulares, algunas de las cuales se destacan a continuación, que indudablemente le distingue de otros contratos.

²² SCOTT Elizabeth S. y SCOTT, Robert E., "Marriage as relational contract", 84 *Virginia Law Review*, 1998, p. 1225. Véase, además, SPEIDEL, Richard E., "The characteristics and challenges of relational contracts", 94 *Northwestern University Law Review*, 2000, p. 827; LECKEY, Robert, "Relational contract and other models of marriage", 40 *Osgoode Hall Law Journal*, 2002, p. 1.

²³ Las características, la importancia y la utilidad de la teoría de los contratos relacionales han sido discutidas extensamente. Véase, por ejemplo, MACNEIL, Ian, "Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law", 72 *Northwestern University Law Review*, 1978, p. 854; GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E., "Principles of relational contracts", 67 *Virginia Law Review*, 1981, p. 1089; BARNETT, Randy E., "Conflicting visions: A critique of Ian Macneil's relational theory of contract", 78 *Virginia Law Review*, 1992, p. 1175; EISENBERG, Melvin A., "Why there is no law of relational contracts", 94 *Northwestern University Law Review*, 2000, p. 805.

2.2 CARACTERÍSTICAS SINGULARES DEL MATRIMONIO QUE LO DISTINGUEN DE OTROS CONTRATOS

2.2.1 LA INCOERCIBILIDAD DE LOS DEBERES MATRIMONIALES

Algunos ordenamientos establecen expresamente cuáles son los deberes personales que comporta el matrimonio, entre los que se destaca el de ayuda, el de socorro y el de fidelidad.²⁴ Se trata de deberes éticos o morales incoercibles y, algunos dirían, no jurídicos, cuyo incumplimiento no suele generar responsabilidad patrimonial.²⁵

A tenor del principio normativo que rechaza que las obligaciones personales sean impuestas coercitivamente, evidentemente el remedio del cumplimiento específico no está disponible ante la inobservancia de los deberes matrimoniales. De ordinario, tampoco está disponible el remedio del

²⁴ Sobre la evolución y significado de los deberes personales que el Código civil español impone a los cónyuges, véase LETE DEL RÍO, José Manuel, "Matrimonio y divorcio" en LACRUZ BERDEJO, José Luis (coordinador), *Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1994, p. 627; VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, p. 25.

²⁵ SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan A. "Comentari a l'art. 1 del Codi de família", en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentari al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 43 a 66. Véase, además, GETE ALONSO, María del Carmen, en *Comentario a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 323; LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, "La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (la nueva redacción del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)", *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2007, p. 3.

resarcimiento en daños y perjuicios. A pesar de la proliferación de supuestos de daños morales indemnizables, de ordinario, estos no incluyen los sufridos por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones matrimoniales. Algunos autores sostienen que se trata de asuntos en los que el Derecho no debe entrar a tomar partido. A lo anterior habría que sumar la incomodidad que supone dilucidar este tipo de asunto ante los tribunales, la dificultad que supondría valorar este tipo de daños, el limitado poder disuasivo de la responsabilidad civil para prevenir el incumplimiento de deberes personales y el posible efecto redistributivo que dichas acciones tendrían con respecto a la riqueza de los cónyuges.²⁶

Es interesante resaltar que un sector de la doctrina moderna española sí admite la posibilidad de que en este contexto opere el remedio del resarcimiento en los casos de conductas de especial gravedad o en circunstancias en las que se lesionen derechos o intereses que sean conceptualmente separables del interés en el mantenimiento del matrimonio. En ese sentido, aducen que podrían ser indemnizados, por ejemplo, los daños causados a la integridad, salud, libertad, honor o intimidad del cónyuge.²⁷

²⁶ Véase FERRER RIBA, Josep, “Relaciones familiares y límites del Derecho de daños”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 4, 2001, pp. 14 a 15.

²⁷ FERRER RIBA, Josep, “Relaciones familiares”, *cit.*, pp. 15 a 16; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (coord.), *Daños en el Derecho de familia*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 157. Véase, además, RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: Daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 10, 2003, pp. 65 a 93. Un sector minoritario sostiene que la

En cualquier caso, en el plano jurídico los remedios que, de ordinario, el incumplimiento de los deberes matrimoniales comporta serán los que provea el Derecho de familia. De hecho, en los ordenamientos en los que se ha abandonado el divorcio culposo el incumplimiento de los deberes conyugales ha perdido trascendencia jurídica por haberse eliminado las consecuencias que se adscribían a la infracción de los mismos.²⁸

Ahora bien, el hecho de que un ordenamiento no contemple remedios más allá del divorcio ante el incumplimiento de los deberes matrimoniales personales, a mi juicio, no es obstáculo a la definición del matrimonio como contrato. Una conclusión contraría equivaldría a descartar el hecho de que el matrimonio produce múltiples efectos en el ámbito patrimonial durante su vigencia y en el momento de su disolución. Además, desatendería las dinámicas multifacéticas de las relaciones contractuales.²⁹ Así, el matrimonio contempla el intercambio de promesas dirigidas a establecer un compromiso de duración indefinida de perseguir metas y objetivos comunes. Como ocurre en otros contextos contractuales, además de la ejecución

indemnización del daño moral procede en caso de incumplimiento de los deberes matrimoniales. Dicha postura no goza de mayor predicamento. Véase CARRASCO PERERA, ÁNGEL, “El precio de la infidelidad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 666, 2005, p. 1; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *La Ley*, número 6676, 2007.

²⁸ FERRER RIBA, Josep, “Relaciones familiares”, *cit.*, pp. 14 a 16.

²⁹Para un análisis de factores extrajurídicos que promueven el cumplimiento de los deberes matrimoniales, véase, en general, SCOTT, Elizabeth S., “Social norms and the legal regulation of marriage”, 86 *Virginia Law Review*, 2000, p. 1901.

judicial y de los remedios jurídicos disponibles ante el incumplimiento, existe una compleja gama de normas sociales y relacionales que incentivan a las partes a cumplir sus promesas.³⁰

2.2.2 CONTRATO CON POSIBILIDAD DE DISOLUCIÓN UNILATERAL

Históricamente, la admisión del divorcio como forma de extinguir el vínculo matrimonial supuso la quiebra del principio de indisolubilidad del matrimonio. En su lugar, se adoptó un tipo de divorcio que partía de la concepción del matrimonio como una institución que debía preservarse, incluso a costa de la voluntad de los cónyuges. El vínculo marital solo podía disolverse si uno de los esposos incumplía con alguno de los deberes que establecía la ley. El divorcio constituía, pues, una sanción a un comportamiento ilegítimo y no una respuesta a todo tipo de crisis conyugal.³¹

³⁰ SCOTT, Elizabeth S., "Social norms", *cit.*, p. 1901; GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E., *cit.*, p. 1089.

³¹En ocasiones, para que pueda concluirse que la ruptura es "irreparable" basta demostrar que ha transcurrido determinado periodo de separación. En otros supuestos es preciso demostrar causas más concretas que permitan concluir que la vida conyugal se volvió insostenible. Para una buena síntesis comparada del desarrollo histórico del divorcio en Europa, véase LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, "La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal", *Anuario de Derecho civil*, Tomo LXII-2, 2009. Con respecto al desarrollo del divorcio en los Estados Unidos, véase BRINIG, Margaret F. y BUCKLEY, F.H., "No-fault laws and at-fault people", 18 *International Law Review of Law & Economics*, 1998, pp. 325 y ss.; ELLMAN, Ira Mark, *Divorce in the United States, in cross currents: Family law and policy in the US and England*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Algunos ordenamientos reemplazaron el divorcio-sanción por el divorcio por ruptura irreparable del matrimonio, lo que sentó las bases de la concepción del divorcio como un remedio ante el fracaso definitivo del matrimonio. En ese sentido, el comportamiento culpable de uno de los cónyuges podría ser pertinente, pero solo como prueba de dicho fracaso.³²

Junto al divorcio basado en la quiebra irreparable del matrimonio —y en ocasiones sin prescindir del divorcio-sanción— fue consagrándose el divorcio por consentimiento mutuo, cuyo único presupuesto es la voluntad de ambos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial.

El último escalafón en la evolución histórica del divorcio es el reconocimiento del derecho a solicitar el divorcio de manera individual y sin necesidad de alegar causa alguna. Este tipo de divorcio, llamado comúnmente divorcio unilateral, supone el triunfo definitivo de la libertad individual en relación con la disolución del matrimonio.³³

Cabe subrayar que dicha evolución del divorcio no se corresponde con una evolución histórica o cronológica. No todos los ordenamientos han pasado de un divorcio-sanción al reconocimiento de la voluntad individual como única causa de divorcio. El estado de cosas es heterogéneo. Así, es posible identificar ordenamientos que todavía mantienen algún matiz culposo pero no a partir de la superada concepción del divorcio como sanción. Estos ordenamientos representan como denominador común que en ellos coexiste el divorcio por culpa

³² LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, “La libertad individual”, *cit.*, pp. 774 a 775.

³³ *Ibíd.*, pp. 746 a 747.

y el divorcio basado en la quiebra de la vida matrimonial o el divorcio por mutuo consentimiento.

Por otra parte, existen ordenamientos en los que la ruptura irreparable de la vida conyugal constituye la causa única del divorcio.³⁴ De hecho, prácticamente en todos los países europeos y en las jurisdicciones estadounidenses es admitido que los cónyuges de común acuerdo soliciten el divorcio, supeditado, en la mayoría de los casos, a que transcurra determinado plazo.

Finalmente, cabe destacar que en un grupo creciente de ordenamientos la simple voluntad de uno de ellos es suficiente para obtener el divorcio sin necesidad de acreditar ninguna otra causa.³⁵

³⁴ Los ordenamientos suizo y alemán ejemplifican lo anterior. Sin embargo, en otros ordenamientos han de probarse determinados hechos que confirmen la definitiva ruptura de la convivencia matrimonial. Ello es requerido, por ejemplo, en Inglaterra y en los Países Bajos, así como en las jurisdicciones estadounidenses de Nueva York, Mississippi y Tennessee. Para el estado de los cosas en el Derecho europeo contemporáneo y en los derechos norteamericanos, respectivamente, véase, BOELE-WOELKI, Katharina, BRAAT, Bente y CURRY-SUMNER, Ian (editores), *European family law in action*, (Vol. I, Grounds for Divorce), Intersentia, Oxford, 2003 y "Grounds for divorce and residency requirements, *Family Law Quarterly*, 2006, p. 920. Véase, además, ELLMAN, Ira Mark y LOHR, Sharon, "Marriage as contract, opportunistic violence, and other bad arguments for fault divorce", 1997 *University of Illinois Law Review*, 1997, p. 719; RIEDBERG, Leora, "Did unilateral divorce raise divorce rates?: Evidence from panel data", 88 *American Economy Review*, 1998, p. 608.

³⁵ Este es, por ejemplo, el sistema imperante en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses y en algunos países europeos como Suecia y Finlandia. De hecho, en España, desde 2005, también es suficiente la simple voluntad de uno de los cónyuges para obtener el divorcio sin necesidad de acreditar ninguna otra causa. Acerca del principio del libre desarrollo de la personalidad en relación con la reforma operada en España por las leyes de 1 y 8 de julio de 2005, véase VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, "El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005,

A pesar de que, como se ha visto, no es posible establecer una evolución lineal de los distintos tipos de divorcio, la institución incuestionablemente ha ido moviéndose hacia la salida libre, sin impedimentos de fondo para ello y con independencia de la voluntad contraria de la otra parte.

Así, la actual concepción del contrato matrimonial y la posibilidad de su disolución unilateral implican que el matrimonio se aparta de otros contratos en el sentido de que es posible que la sola voluntad de una de las partes ponga fin a la relación obligacional. Así, es un principio casi universal que nadie puede permanecer casado en contra de su voluntad; por lo que, con más o menos obstáculos dependiendo del sistema del que se trate, siempre es posible disolver el vínculo matrimonial.

3. LIBERTAD DE PACTAR EL CONTENIDO DEL MATRIMONIO ANTE UN SISTEMA ROBUSTO DE NORMAS POR DEFECTO

Durante mucho tiempo, la regulación del matrimonio reflejaba una marcada injerencia del Estado, una fuerte preferencia por las normas imperativas y el rechazo al desarrollo de un ordenamiento contractual en este ámbito. El Estado, amparándose en la dimensión pública del matrimonio, establecía los requisitos para formar o disolver la única unión formal válida y fijaba las consecuencias de esta. No obstante, como se indicó anteriormente, paulatinamente ha ido fortaleciéndose la concepción del matrimonio como contrato, no

de 1 de julio, por la que se modifica el código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Thomson, Aranzadi, 2005, p. 29.

ya solo en el sentido tradicional de que las partes tienen la libertad de entrar al matrimonio, sino también en el sentido del progresivo reconocimiento de la posibilidad, con ciertos límites, de pactar su contenido.

Una serie de transformaciones sociales, entre las que destacan el aumento en la tasa de divorcios y la recomposición familiar, han promovido el fortalecimiento y ampliación de la libertad de pacto para regular el matrimonio y sus consecuencias. No hay duda de que la necesidad de planificación y de la toma de decisiones basadas en proyecciones futuras es más patente cuando está presente la posibilidad de que el matrimonio sea una condición no permanente y cuya duración únicamente habrá de depender de que los cónyuges consideren que siguen cumpliéndose los fines del mismo.³⁶

Por las razones antes esbozadas, cada vez más, los contrayentes previamente divorciados —en particular si tienen hijos de relaciones previas— constituyen un subgrupo importante que prefiere otorgar contratos con sus nuevos cónyuges con el propósito de equilibrar las obligaciones con respecto a su familia anterior y la nueva y asegurar que, en caso de crisis

³⁶ SCHULTZ, Marjorie Maguire, "Contractual ordering of marriage: A new model for state policy", 70 *California Law Review*, 1982, p. 249. En España se expresan en similares términos, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, María Paz, "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, Fascículo IV, octubre-diciembre de 2003, pp. 1657 y 1658 y GINÉS CASTELLET, Núria, "Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Derecho Civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia" en, *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2011, pp. 51-94, ampliado en GINÉS CASTELLET, Núria, "Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 727, 2011, pp. 2581 a 2582.

matrimonial, sus hijos retengan cierta riqueza de la familia. Asimismo, los acuerdos en previsión de ruptura pueden contribuir a obtener un divorcio menos costoso y contencioso.³⁷

Por otra parte, la tendencia actual de retrasar el momento en el que se contrae matrimonio aumenta la probabilidad de que el mismo sea celebrado en una etapa en la que uno o ambos futuros esposos ya hayan acumulado un caudal propio que deseen proteger.

Este tipo de acuerdos, pues, permite a los futuros esposos apartarse de las normas jurídicas por defecto, descartar los regímenes preestablecidos por el Estado y reemplazarlos por otros que tomen en cuenta sus particulares circunstancias. Ello satisface la creciente aspiración de las parejas de “personalizar” sus relaciones matrimoniales. Después de todo, el contrato es un instrumento que precisamente reconoce la diversidad y confiere deferencia a valores, necesidades y preferencias divergentes por encima de otras más estandarizadas.³⁸

Así, la función primaria del Derecho de familia sigue siendo la de regulador de un régimen por defecto. Sin embargo, ahora ello

³⁷ *Ibídem.*

³⁸ SCHULTZ, Marjorie Maguire, *cit.*, p. 248; DIFONZO, James Herbie, “Customized marriage”, 75 *Indiana Law Journal*, 2000, p. 87; STARK, Barbara, “Marriage proposals: from one-size-fits-all to postmodern marriage law”, 89 *California Law Review*, 2001, p. 1479. Entre los autores españoles que esbozan acotaciones similares se encuentran GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales”, *cit.* pp. 1657 y 1658; GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.* pp. 2581 a 2582 y PAZ-ARES, Ignacio, “Previsiones capitulares” en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de Familia*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 110 a 112.

se combina con la progresiva admisión de diversos pactos que permiten a los cónyuges ejercer amplia libertad para determinar ellos mismos determinadas consecuencias jurídicas del matrimonio y de su disolución. Por consiguiente, el rechazo a los acuerdos matrimoniales ha ido reemplazándose por la concepción de que los mismos son adecuados y frecuentemente constituyen un método deseable para resolver los incidentes resultantes del divorcio.

Resulta pertinente mencionar que no solo se ha producido una reducción significativa del rol del Estado en la disolución matrimonial, sino también en la formulación de las consecuencias económicas de esta. De hecho, esta ha sido la tendencia a partir de la revolución del "*no fault divorce*", tras la cual ha venido abriéndose paso la denominada doctrina del "*clean break*", cuya finalidad es dejar definitivamente resuelta la cuestión económica entre los esposos en el momento en que el divorcio es decretado.³⁹ Se considera que dicha finalidad puede alcanzarse si los remedios económicos luego del divorcio cumplen el objetivo primordial de colocar a las partes en posición de afrontar el cese de la convivencia conyugal de

³⁹ La doctrina de "*clean break*" goza de gran arraigo en los Estados Unidos. Existe una tendencia judicial que desfavorece la concesión de pensiones alimenticias periódicas y promueve las transferencias patrimoniales permanentes. KRAUSKOPF, Joan M., "Theories of property division/spousal support: Searching for solutions to the mystery", 23 *Family Law Quarterly*, 1989, p. 253; REAGAN, Milton C., "Spouses and strangers: Divorce obligations and property rhetoric", 82 *Georgetown Law Journal*, 1994, p. 2303; SHERMAN, Jeffrey G., "Prenuptial agreements: A new reason to revive an old rule", 53 *Cleveland State Law Review*, 2005, p. 374.

Dicha concepción, a mi juicio, en cierta medida, se manifiesta en España con la reforma del artículo 97 del Código civil, operada por la Ley de 8 de julio de 2005, a tenor de la cual se permite el pago de la pensión compensatoria mediante una prestación única.

manera autónoma y con sus propios medios. Ello persigue alcanzar un equilibrio entre la protección de los intereses de los excónyuges y los principios de libertad personal y responsabilidad individual.⁴⁰

A pesar de lo anterior, con todo, aún persiste cierta resistencia al desarrollo de un orden contractual privado regulador del contenido del matrimonio por parte de quienes conciben el contrato como el prototipo de las transacciones comerciales y no como un vehículo regulador de las consecuencias del matrimonio. Por ejemplo, no faltan los que aducen que el modelo contractual reemplaza la idea del matrimonio como un compromiso estable de duración indefinida; por la del matrimonio como una unión temporal, de la que se puede salir fácilmente y por medio del cual las partes persiguen sus metas individuales.⁴¹

Dicha visión de que el modelo contractual del matrimonio es inherentemente inconsistente con la idea de compromiso parte

⁴⁰En los Estados Unidos, dicho concepto queda cristalizado en la institución de la “*rehabilitative alimony*”, una pensión de carácter transitorio y de duración muy limitada. Para una discusión acerca de cómo la expectativa de rehabilitación económica limita la duración y la cuantía de las pensiones entre excónyuges, véase RELSEY, David H. y FRY, Patrick P., “The relationship between permanent and rehabilitative alimony”, 4 *Journal of American Academy of Matrimonial Lawyers*, 1988, p. 1; SUGARMAN, Stephen D. y KAY, Herma Hill, *Divorce Reform at the Crossroads*, Yale University, New Haven, 1990, p. 130; WILLIAMS, Joan, *Unbending gender: Why family and work conflict and what to do about it*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 122; ELLMAN, Ira Mark, *Family law: cases, text, problems*, Matthew Bender, Virginia, 2004, p. 401.

⁴¹ Véase MINOW, Martha, “Forming underneath everything that grows: Toward a history of family law”, *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 894; REGAN, Milton C., “Market discourse and moral neutrality in divorce law”, *Utah Law Review*, 1994, pp. 620 y 627; HAFEN, Bruce C., *cit.*, pp. 23 a 24 ; GALSTON, William A., “Divorce American style”, *Public Interest*, 1996, p. 16.

de una premisa muy cuestionable. A mi juicio, responde a una percepción incorrecta de la naturaleza de las relaciones contractuales. El paradigma contractual no cuestiona ni impide que los contratos sean duraderos. Además, por definición, presupone que los individuos persiguen sus objetivos incurriendo voluntariamente en compromisos, conscientes de que ello habrá de limitar su libertad en el futuro.⁴²

Lo mismo ocurre con quienes optan por casarse. La mayoría de las parejas que deciden contraer matrimonio comparten el deseo de emprender un compromiso a largo plazo y duradero.⁴³ Además, no existe evidencia que sustente la idea de que hoy día las parejas conciben que el compromiso que asumen al contraer matrimonio sea temporal o a corto plazo. En la medida en que la sociedad tiene un interés en la estabilidad del matrimonio y las parejas compartan dicho objetivo, un contrato marital muy bien puede constituir la base de un compromiso duradero.⁴⁴

Así, en el paradigma contractual cada una de las partes persigue su interés individual pero ambas se benefician. El matrimonio es, después de todo, un contrato asociativo con un fin común en el que las aportaciones de las partes son diferenciadas. Así, el matrimonio entrelaza conductas que persiguen el interés individual de cada uno de los cónyuges y conductas que

⁴² SCOTT Elizabeth S. y SCOTT, Robert E., *cit.*, p. 1246; GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E., *cit.*, p. 1089.

⁴³ SCOTT Elizabeth S. y SCOTT, Robert E., *cit.*, p. 1229; BAKER, Lynn A. y EMERY, Robert E., "Where every relationship is above average: Perceptions and expectations of divorce at the time of marriage", 17 *Law and Human Behavior*, 1993, p. 443.

⁴⁴ SCOTT Elizabeth S. y SCOTT, Robert E., *cit.*, p. 1245.

persiguen el interés del otro. En muchas ocasiones la naturaleza de los intereses que motivan determinada conducta es indistinguible. Además, los valores de individualismo, de autorrealización y desarrollo personal en las relaciones contractuales también pueden ser deseables en el contexto matrimonial.⁴⁵

Por otro lado, resulta fundamental subrayar que a pesar del progresivo ensanchamiento de la libertad de los cónyuges para fijar el contenido del matrimonio, todavía la mayoría de las parejas únicamente otorgan su consentimiento a la creación del vínculo matrimonial y se despreocupan de lo demás, en gran medida porque la ley establece un sistema completo y robusto de normas por defecto con respecto al conjunto de los términos del contrato. De hecho, ello puede responder a que el legislador está consciente de lo complejo que, por diversas razones, resulta para los futuros esposos otorgar contratos con el objetivo de establecer las consecuencias del matrimonio y de una eventual ruptura.

Además, un buen número de parejas no toma la decisión de contraer matrimonio en función de las consecuencias jurídicas que este conlleva, sino motivadas por presiones o expectativas sociales o por su propio deseo de realizar un acto con significado personal. En ocasiones, los futuros cónyuges incluso desconocen cuáles son las consecuencias jurídicas concretas del matrimonio y las de un posible divorcio. La decisión de casarse no siempre implica una decisión consciente que refleje la

⁴⁵ SCHULTZ, Marjorie Maguire, *cit.*, p. 263.

preferencia por las consecuencias jurídicas de contraer matrimonio frente a las no de no hacerlo.⁴⁶

Además, pese a que al otorgar acuerdos en previsión de ruptura matrimonial los cónyuges pueden abaratar o encarecer los costes de una eventual extinción de la relación y aumentar la intensidad del grado de vinculación entre ellos puede que opten por no establecer un sistema contrario o diferente al diseñado por el legislador por los altos costos de transacción que ello implica, particularmente ante la existencia de un sistema fuerte y omnicompreensivo de normas por defecto. Además, los costes de transacción pueden ser particularmente altos en este ámbito, en atención a la naturaleza de la relación que une a las partes y a que la mera negociación de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial podría suponer, incluso, una amenaza para el mantenimiento de la relación misma.⁴⁷

En conclusión, la libertad de pacto en la institución matrimonial ha ido fortaleciéndose progresivamente. Uno de las formas en la que ello se pone de relieve es mediante el reconocimiento a los cónyuges o futuros cónyuges de la posibilidad de establecer preventivamente las consecuencias de una eventual ruptura, lo que habrá de ser objeto de estudio en los próximos capítulos.

⁴⁶BAKER, Lynn A. y EMERY, Robert E., *cit.*, pp. 441 y 444; FRANTZ, Carolyn J., "Should the rules of marital property be normative?", *University of Chicago Legal Forum*, 2004, p. 271.

⁴⁷RASMUSEN, Eric y STAKE, Jeffrey Evans, "Lifting the veil of ignorance: Personalizing the marriage contract, 73 *Indiana Law Journal*, 1998, p. 461.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ADMISIBILIDAD DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL

1. TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES

Los instrumentos contractuales que permiten a los cónyuges o futuros cónyuges la autorregulación de sus intereses, aunque sirven finalidades diversas, pueden enmarcarse bajo el concepto general de “contratos o acuerdos matrimoniales”.

Los acuerdos matrimoniales pueden tener como objeto, principalmente: i) regular la economía familiar, ii) normativizar las consecuencias de la crisis o ruptura cuando ya ha surgido o iii) establecer anticipada y preventivamente los efectos de una ruptura matrimonial que aún no se ha producido.⁴⁸

Los acuerdos que se enmarcan en la primera categoría son los que tienen como finalidad esencial establecer el régimen económico matrimonial o modificar el que el Estado establece por defecto. En consecuencia, en estos contratos es frecuente que se incluyan cláusulas que establecen qué bienes, si alguno, integrarán una masa común, las facultades de los cónyuges

⁴⁸ La tipología de contratos matrimoniales esbozada en el presente apartado toma como punto de referencia las formuladas muy concretamente por: GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales”, *cit.*, pp. 1673 y ss.; ROCA TRÍAS, Encarna, “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2118 a 2128; PAZ-ARES, Ignacio, *cit.*, pp. 101 a 109 y FERRER RIBA, Josep, “Marital agreements and private autonomy in Spain” en *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, United Kingdom, 2012, pp. 350 a 369.

relativas a la administración de bienes y las normas referentes a la división y distribución del patrimonio en caso de disolución matrimonial.

La segunda categoría abarca acuerdos de diversa naturaleza pero presentan como nota común que encauzan las consecuencias de la crisis o de la ruptura cuando la misma ya ha ocurrido. Por consiguiente, incluye los llamados “acuerdos de separación”, a tenor de los cuales los cónyuges pactan un el régimen jurídico que habrá de regular a partir del cese de la convivencia conyugal.

Otro tipo de acuerdos que es posible pactar cuando la ruptura, judicializada o no, ya se ha producido, son aquellos en virtud de los cuales los cónyuges establecen los efectos de esta. Así, es frecuente que este tipo de acuerdos incluyan cláusulas referentes a la división y distribución de bienes, a la responsabilidad parental, al derecho a ocupar el domicilio conyugal y a las obligaciones de sustento económico a favor de los hijos menores de edad o del excónyuge.

La tercera categoría, la de los acuerdos *ex ante* en previsión de ruptura matrimonial, abarca los que se otorgan, prenupcialmente o en situación de normalidad matrimonial, con el objeto de establecer preventivamente las consecuencias de una posible ruptura matrimonial. Así, el elemento de previsión de futuro es lo que les diferencia de los acuerdos que normativizan las consecuencias de la ruptura cuando la misma ya ha ocurrido o es inminente.

Con respecto a la admisibilidad de los referidos tipos de contratos, cabe destacar que la primera categoría es la que más tradición tiene en el Derecho de familia e históricamente, aunque con limitaciones variables, se ha reconocido su validez. Una vez se fue reconociendo que el divorcio podía ser producto del consentimiento mutuo de los cónyuges, no resultó particularmente problemática la admisibilidad de la segunda categoría de acuerdos, en virtud de los cuales las propias partes son quienes, también por mutuo acuerdo, establecen las consecuencias económicas, familiares y personales de la separación o del divorcio. Más recientemente, con el reconocimiento del derecho a solicitar el divorcio de manera individual y sin necesidad de alegar causa alguna no es de extrañar, como se verá, que también hayan comenzado a admitirse los contratos cuyo objeto sea establecer anticipada y preventivamente las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial.

a) Acuerdos prenupciales versus acuerdos post-nupciales

Con respecto al tema de la tipología y admisibilidad de los contratos matrimoniales, es preciso dejar en claro varias acotaciones referentes a los acuerdos prenupciales *vis a vis* los acuerdos post-nupciales.

De ordinario, en los ordenamientos europeos no existe distinción, en lo que a regulación respecta, en función de si el acuerdo matrimonial se otorga antes o después de celebrado el

matrimonio.⁴⁹ La regla general es que en ambos supuestos los acuerdos se ubican bajo una misma categoría, con idéntica regulación, la de los “contratos matrimoniales”.⁵⁰ No obstante, se identifican algunos supuestos de excepción. Por ejemplo, en Francia los acuerdos matrimoniales que se otorguen antes de celebrado el matrimonio son inmutables, en lo que al régimen económico pactado se refiere, por un plazo de dos años. Además, se requiere la homologación de cualquier acuerdo otorgado por los cónyuges en caso de que tengan hijos comunes menores de edad.⁵¹ En Portugal, los cónyuges no pueden otorgar acuerdos post-nupciales, toda vez que en dicho ordenamiento todavía impera el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones. Por tanto, la pareja tiene que pactar el régimen económico patrimonial antes de celebrado el matrimonio.⁵²

En los Estados Unidos, como regla general, los requisitos referentes a la validez y eficacia de los acuerdos matrimoniales varían en función del hecho de si estos se otorgan antes o después de celebrado el matrimonio.

Si bien en todas las jurisdicciones estadounidenses se admiten los acuerdos prenupciales, la admisibilidad de los acuerdos post-nupciales es incierta. Ello explica que en los Estados

⁴⁹ En este contexto, me refiero exclusivamente a los acuerdos post-nupciales que se otorgan en situación de normalidad matrimonial.

⁵⁰ Véase SCHERPE, Jens M., *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, United Kingdom, 2012, pp. 487 a 489.

⁵¹ Artículos 1396 a 1393 del Código civil francés.

⁵² Artículo 1714 del Código civil portugués.

Unidos el desarrollo dogmático de los contratos matrimoniales haya girado primordialmente en torno a los acuerdos prenupciales porque estos han recibido mayor aceptación jurisprudencial y doctrinal que los acuerdos post-nupciales.

Solo un reducido grupo de leyes estatales estadounidenses admiten expresamente los dos tipos de acuerdos y disponen que ambos se rijan por la misma normativa.⁵³ En un número considerable de jurisdicciones norteamericanas, sin embargo, los acuerdos post-nupciales están sujetos a una regulación más rigurosa y a requisitos mucho más onerosos que los que regulan los prenupciales.⁵⁴ Por ejemplo, en algunos estados la eficacia de los acuerdos post-nupciales, y no la de los prenupciales, está condicionada a que su contenido sea razonable y justo, no solo cuando se otorgan, sino también cuando se pretende su cumplimiento.⁵⁵ Algunos han ido más lejos al establecer una presunción *iuris tantum* de que cuando se otorga un acuerdo

⁵³ Este es el caso, por ejemplo, de las siguientes jurisdicciones estadounidenses: Missouri, Virginia y Wisconsin. Ciertos tribunales, en ausencia de leyes reguladoras de los acuerdos post-nupciales, han adoptado una postura similar. Por ejemplo, los tribunales de Alabama, Florida, Hawaii, Indiana, Kentucky, Pennsylvania, Utah y Washington han seguido dicho proceder. Véase WILLIAMS, Hannon, "Postnuptial agreements", 2007 *Wisconsin Law Review*, 2007, p. 881.

⁵⁴ Algunos estados que han adoptado dicha postura son Arizona, Kansas, New York, New Mexico, Wyoming, Montana, Oklahoma y Louisiana. WILLIAMS, Hannon, *cit.*, p. 881. Por otro lado, cabe destacar que en Ohio y Puerto Rico, se considera que los acuerdos post-nupciales son nulos. Véase Ohio Rev. Code Ann. § 3103.06 y Artículo 1272 del Código Civil de Puerto Rico.

⁵⁵ En los estados de Tennessee y New Jersey se ha adoptado dicha regla. Véase *Bratton v. Bratton*, 136 S.W.3d 595 (Tenn. 2004); *Pacelli v. Pacelli*, 725 A.2d 56 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1999).

post-nupcial el consentimiento estuvo viciado por causa de intimidación.⁵⁶

Una razón de peso que podría justificar el que se exija que se tomen precauciones adicionales cuando se otorga un acuerdo post-nupcial puede ser la amenaza o riesgo subyacente que comporta el no acceder a otorgarlo. La consecuencia de que un acuerdo prenupcial no se otorgue es que el matrimonio no se celebre. Por el contrario, la consecuencia de que un acuerdo post-nupcial no se otorgue puede ser el divorcio. Por ello podría argumentarse que lo que justifica la diferencia en tratamiento jurídico de estos contratos es que un matrimonio existente es más merecedor de tutela y protección jurídica que un proyecto de matrimonio futuro. De ahí que la regulación de los acuerdos post-nupciales sea más exigente que la de los prenupciales.⁵⁷

El referido argumento, sin embargo, no es el que se ha utilizado en este ámbito. Los argumentos centrales que se han esbozado en los Estados Unidos para justificar el tratamiento jurídico dispar entre los acuerdos prenupciales y los post-nupciales giran en torno al hecho de que una vez celebrado el matrimonio

⁵⁶ Dicha norma es la imperante en el estado de California. Véase *In re Marriage of Friedman*, 122 Cal. Rptr. 2d 412, 418 (Cal. Ct. App. 2002) e *In re Marriage of Haines*, 39 Cal. Rptr. 2d 673, 683 (Cal. Ct. App. 1995).

⁵⁷ Es interesante que JOAN EGEA, al cuestionar el tratamiento jurídico que en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses se le da a estos acuerdos en función del momento en que se otorgan, sugiere que ello no se justifica toda vez que, a su juicio, “*la problemática que presentan los acuerdos post nupciales... debería ser menor puesto que en ellos no concurre la posible presión que supone la vinculación a un futuro matrimonio*”. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Civitas, Madrid, 2003, p. 4552.

surge una relación fiduciaria entre los cónyuges, aumenta el riesgo de que el poder de negociación sea desequilibrado e incrementa la probabilidad de que uno de los cónyuges ejerza una influencia indebida sobre el otro.⁵⁸

En mi opinión, los referidos argumentos no justifican el trato desigual al que me he referido porque, en principio, similares preocupaciones y riesgos están presentes en el contexto de la negociación y de la perfección de los acuerdos prenupciales. Es más, los acuerdos post-nupciales podrían prevenir algunos de estos problemas.

No puede perderse de vista que a menudo se cuestiona la calidad del consentimiento contractual que los futuros cónyuges pueden prestar con anterioridad a la celebración del matrimonio. Los fundamentos principales para ello giran en torno a problemas de racionalidad, a saber: (i) el optimismo excesivo sobre el éxito del matrimonio que tiende a rodear la decisión de contraer nupcias⁵⁹, (ii) la posibilidad de que los contrayentes desconozcan información relevante que posibilite una deliberación previa cuidadosa; (iii) la complejidad que

⁵⁸ Véase, por ejemplo, *Mathie v. Mathie*, 363 P.2d 779, 783 (Utah 1961); *Pacelli v. Pacelli*, 725 A.2d 56, 59 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1999); *In re Marriage of Bonds*, 5 P.3d 815 (2000).

⁵⁹ Por ejemplo, un estudio revela que la mayoría de los norteamericanos, a pesar de que tienen conocimiento de que la tasa de divorcio en los Estados Unidos ronda el cincuenta por ciento, descartan la posibilidad de que ellos puedan divorciarse. Véase BAKER, Lynn A. y EMERY, Robert E., *cit.*, p. 443. Por otra parte, un sondeo llevada a cabo por y entre estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard demostró que solo el diecisiete por ciento de los encuestados percibía que era posible que en algún momento pudieran divorciarse. Véase MAHAR, Heather, "Why are there so few prenuptial agreements?", *John M. Olin Center for Law, Economics, and Business*, Discussion Paper Number 436, 2003, pp. 1 a 15.

supone que los contrayentes predigan sus reacciones a circunstancias personales que puedan ocurrirles más adelante en la vida, tales como la procreación de hijos, la pérdida de empleo o el sufrimiento de una enfermedad o incapacidad inesperada.⁶⁰

A mi modo de ver, la vulnerabilidad de las partes en el momento de la perfección del acuerdo depende de las circunstancias concretas que presente cada caso. En ocasiones, un acuerdo prenupcial será el resultado de la libre voluntad de las partes y en otras no y lo mismo cabe decir con respecto a los acuerdos que se otorgan después de celebrado el matrimonio. Sin embargo, en mi opinión, la institución de los acuerdos post-nupciales precisamente puede contribuir a disipar, al menos en parte, las preocupaciones antes mencionadas.

Primero, el exceso de optimismo sobre el éxito del matrimonio tiende a ser menor según se va desarrollando la relación matrimonial. La vida conyugal aporta mayores dosis de realismo acerca del devenir futuro del matrimonio. Segundo, es más probable que después del matrimonio cada cónyuge posea más información del otro que la que tenía antes de casarse, lo que puede aportar un mayor equilibrio en el poder de negociación de las partes, lo que, a su vez, podría resultar en pactos más equitativos. Tercero, la posibilidad de otorgar acuerdos después de celebrado el matrimonio permite a los cónyuges reaccionar a nuevas circunstancias, lo que en muchos casos podría reducir significativamente el problema de la dificultad de anticipar contingencias futuras.

⁶⁰ Véase WILLIAMS, Hannon, *cit.*, p. 850.

Por lo antes dicho, en mi opinión, los fundamentos que tradicionalmente se han esbozado para tratar de forma distinta a los acuerdos prenupciales en previsión de ruptura matrimonial y a los post-nupciales son muy poco satisfactorios. Si bien es cierto que estos últimos no siempre desembocarán en pactos equitativos, puede que cualquier “injusticia” no sea el resultado de problemas en el contexto de la negociación en los que se basan las objeciones comunes a la admisibilidad de los acuerdos prenupciales.

2. EL ORIGEN HISTÓRICO: LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

2.1 INTRODUCCIÓN

Resulta interesante que en el Derecho europeo existe una larga tradición de contratos entre cónyuges o futuros cónyuges, —en concreto, las capitulaciones matrimoniales—, aunque su objeto solía limitarse a la constitución del régimen económico matrimonial. La situación era diferente en el Derecho estadounidense, que hasta la década de los años setenta no admitía los pactos prematrimoniales.

En los Estados Unidos, sin embargo, probablemente como consecuencia de la naturaleza de su sistema jurídico, es donde se ha creado y consolidado la teoría y el régimen jurídico de los acuerdos, prematrimoniales o post-matrimoniales, otorgados en previsión de ruptura matrimonial.⁶¹

⁶¹ CERVILLA GARZÓN, María Dolores, “Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano”, *Diario La Ley*, Número 8011, 2013, p. 2.

Así, los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial tuvieron su origen y han tenido su mayor desarrollo legislativo, jurisprudencial y práctico en los Estados Unidos. Por tanto, el Derecho estadounidense en este ámbito constituye una referencia obligada para explorar cómo se han resuelto disputas a las que desde hace relativamente poco tiempo se enfrentan otros ordenamientos jurídicos, particularmente los europeos, que comenzaron a admitir posteriormente este tipo de pactos.

De ahí que la discusión que prosigue referente a la admisibilidad de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en los Estados Unidos no solo tenga una importante dimensión comparativa, sino que, como se verá, también refleja la fuente de inspiración de la regulación de estos contratos en diversos ordenamientos europeos.⁶² Asimismo, las fuentes estadounidenses han servido de motor de importantes cambios en otros ordenamientos anglosajones que tradicionalmente se han mostrado reacios a la admisión de este tipo de acuerdos.⁶³

⁶² Dicha influencia frecuentemente se manifiesta en el Derecho europeo a través de una interpretación cada vez más amplia del objeto de las capitulaciones matrimoniales para admitir que en estas se incorporen previsiones para el caso de ruptura matrimonial. CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *cit.*, p. 2.

⁶³ Por ejemplo, como se discutirá en detalle más adelante, en el año 2009, la *Law Commission* organizó un grupo de trabajo con el objeto de proponer un anteproyecto de una ley que regule este tipo de contratos. Véase “Marital property agreements (pre-nuptial and post-nuptial agreements)”, Consultation Paper, Law Commission, Reforming the Law, 2010 (en adelante “*Consultation Paper*”), accessible en <http://www.lawcom.gov.uk>.

Un buen ejemplo de la influencia que en este ámbito el Derecho estadounidense ha tenido en Europa se pone de relieve en el Derecho catalán, en donde se adoptó en el año 2010 la primera regulación europea que contiene una detallada regulación jurídica de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Dicha legislación, por tanto, también constituirá otro punto de referencia importante en el presente escrito.⁶⁴

En atención a las acotaciones previas, corresponde en este punto exponer la trayectoria histórica de la admisibilidad de los pactos en previsión de ruptura matrimonial en los Estados Unidos.

2.2 DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA

Resulta pertinente reiterar que los acuerdos matrimoniales tienden a categorizarse en los Estados Unidos en función del momento en el que se otorgan, esto es, antes o después de celebrado el matrimonio. De ahí que cualquier contrato que una pareja de futuros esposos otorgue antes de contraer matrimonio se ubica en la categoría general de “*prenuptial agreements*”, independientemente de que su objeto sea la regulación de la economía matrimonial o el establecimiento

⁶⁴ Dicha regulación es parte del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la familia y la persona. En lo aquí pertinente, el artículo 231-20 establece los requisitos de contenido y forma de los pactos en previsión de ruptura matrimonial con una clara inspiración en fuentes de Derecho estadounidense. Así lo pone de relieve FERRER RIBA, Josep en “El Derecho de la persona y la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 3, 2010.

preventivo de las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial.⁶⁵

Por otro lado, el concepto "*postnuptial agreements*" se utiliza para designar cualquier contrato que los esposos otorgan después de celebrado el matrimonio. Dicho concepto abarca, incluso, los contratos que tiene como fin efectuar transferencias patrimoniales entre los cónyuges.⁶⁶

Paulatinamente han ido adoptándose categorías más específicas para clasificar los acuerdos post-nupciales, en particular aquellos que se otorgan cuando la crisis matrimonial ya ha surgido. Por ejemplo, se ha acuñado el concepto "*separation agreements*" para denominar los acuerdos que se otorgan en el contexto de una relación que ha entrado en crisis y que se traduce en una separación de hecho. Por otra parte, los "*divorce settlements*" son aquellos acuerdos que se perfeccionan durante la pendencia de la acción de divorcio con el objetivo de estipular los asuntos relativos a la división y distribución de bienes y a las obligaciones de sustento económico.⁶⁷

⁶⁵ LINDEY, Alexander y PARLEY, Louis J., *Separation agreements and antenuptial contracts*, Matthew Bender, Virginia, 2002, §110.60.

⁶⁶ *Ibíd*em, §§ 110.60, 1.20 y 120.02.

⁶⁷ LINDEY, Alexander y PARLEY, Louis J., *cit.* §§ 1.20 y 120.02.

2.3 DESARROLLO HISTÓRICO

2.3.1 ANTECEDENTES

Los autores que han estudiado el origen histórico de los acuerdos matrimoniales en los Estados Unidos están contestes en que este tipo de contratos, particularmente los prematrimoniales, parecen tener sus antecedentes en el judaísmo.⁶⁸

El origen de los acuerdos matrimoniales tal y como se conocen en la actualidad, sin embargo, se ubica en el Derecho inglés del siglo XVI.⁶⁹ En dicho momento histórico, los contratos matrimoniales constituyeron una forma de evitar la aplicación de la regla que establecía que la mujer casada estaba impedida legalmente de ser titular de su propio patrimonio. A pesar de que las sentencias del *Chancery* respecto al tema no eran uniformes, se han identificado varias en las que se declaró la eficacia jurídica de contratos prematrimoniales que permitían a

⁶⁸ Por más de mil años los judíos mantuvieron la institución del *ketubah*, un contrato marital en el que se pactaban principalmente reglas relativas a la división de bienes en caso de crisis matrimonial. El primer *ketubah* del que se tiene constancia es del siglo IV y fue realizado en Elefantina (Egipto). Véase, en general, ZELIG, Kaylah Campos, "Putting responsibility back into marriage: making a case for mandatory prenuptials", 64 *University of Colorado Law Review*, 1993, p. 1223.

⁶⁹ CLARK, Homer H., "Antenuptial contracts", 50 *University of Colorado Law Review*, 1979, p. 142; YOUNGER, Judith T., "Perspectives on antenuptial agreements", 8 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 1988, p. 1059.

la mujer casada adquirir y ejercer algunos poderes de disposición sobre determinados bienes.⁷⁰

Los tribunales del *Common Law* fueron un tanto más proclives a reconocer cierta eficacia a los acuerdos matrimoniales a pesar de que imperaba la norma de que los contratos otorgados entre los cónyuges eran nulos. Al parecer, pues, dicha norma no era tan rígida porque también se tiene constancia de algunos contratos de este tipo que fueron validados judicialmente durante los siglos XVI y XVII.⁷¹

Ahora bien, no es hasta el siglo XIX que se identifican un número considerable de sentencias en las que se hace referencia a acuerdos matrimoniales diseñados para producir efectos durante la vigencia del matrimonio o en el momento de la disolución de este por la muerte de uno de los cónyuges.⁷²

Por otro lado, cabe destacar que la antes reseñada regla que establecía que las mujeres casadas carecían de capacidad jurídica para ser titulares y administradoras de su propio patrimonio estuvo vigente en los Estados Unidos hasta mediados del siglo XIX. El movimiento de liberación femenina que se desarrolló durante dicho siglo propulsó una reforma en virtud de la cual comenzaron a ampliarse los derechos de las

⁷⁰ Véase HOLDSWORTH, William Searle, *A History of English Law*, Methen & Co. Ltd., Sweet and Maxwell, London, 1945, pp. 310 a 313.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 313.

⁷² Véase TIFFANY, Walter C., *Handbook on the law of persons and domestic relations*, edición de COOLEY, Roger W., West Publishing Co., Minnesota, 1909, pp. 165 a 183.

mujeres en estos ámbitos. Así, por ejemplo, progresivamente todas las jurisdicciones estadounidenses adoptaron, total o parcialmente, la “*Married Women's Property Act*”, que reconocía, en ciertos supuestos, la capacidad de las mujeres para ser titulares y administradoras de bienes propios.⁷³

Este tipo de iniciativa legislativa, sin embargo, contribuyó muy poco a mejorar la condición económica de la mujer casada ya que en dicha época no se reconocía el concepto de “bienes matrimoniales o conjuntos” e imperaba el régimen del título. En consecuencia, al disolverse el matrimonio el dominio de los bienes recaía en quien ostentase el título sobre los mismos, regla que, de ordinario, favorecía al marido.⁷⁴

Por otra parte, resulta pertinente subrayar que a mediados del siglo XIX se produjo otra transformación importante en lo referente a los derechos patrimoniales y a la facultad de contratación de las mujeres. Los estados norteamericanos comenzaron a aprobar los llamados “*earnings statutes*”, que reconocían el derecho de las mujeres casadas a recibir sus salarios directamente de sus patronos y no a través de sus esposos. Ello otorgó a las mujeres cierta autonomía en el ámbito contractual, que se amplió posteriormente.⁷⁵

⁷³ Véase, CASTEEL, Stephanie, “Planning and Drafting Premarital Agreements”, SK093 *ALI-ABA*, 2005, p. 1217; McLAUGHLIN, Julia H., “Should marital property rights be inalienable? Preserving the marriage ante”, 82 *Nebraska Law Review*, 2003, p. 469.

⁷⁴ McLAUGHLIN, Julia H., *cit.*, pp. 469 a 470.

⁷⁵ Véase, en general, SIEGEL, Reva B., “The modernization of marital status law: Adjudicating wives' rights to earnings, 1860-1930”, 82 *Georgetown Law Journal*, 1994, pp. 2181 a 2196.

Entrado el siglo XX, las injusticias económicas entre los cónyuges, en particular las resultantes del divorcio, también impulsaron reformas fundamentales. Así pues, en dicha etapa —en concreto, en la década de los años setenta— se promovió con éxito en los Estados Unidos el rechazo al régimen de título. Dicho régimen fue reemplazado por el “*marital property system*”, a tenor del cual en caso de disolución matrimonial los bienes adquiridos durante el matrimonio debían ser divididos entre los cónyuges, independientemente de en cuál de los dos recayera el título sobre aquellos.⁷⁶

En esta apretada síntesis histórica también merecen destacarse los movimientos de reforma que se produjeron a partir de la década de los años setenta y que desembocaron en la supresión del divorcio con culpa en los Estados Unidos —no “*fault divorce revolution*”—.

Como es sabido, bajo el esquema del divorcio con culpa, la pensión alimenticia entre excónyuges se concebía primordialmente como una compensación económica a favor del cónyuge inocente. Sin embargo, una vez se suprimió el concepto de culpa se alteró el principal justificante de dichas pensiones. Estas comenzaron a concebirse como una medida temporal y rehabilitadora que, a su vez, propulsó que los estados norteamericanos diseñaran amplios esquemas legislativos que contemplaban transferencias patrimoniales, de

⁷⁶ Para la década de los años ochenta la abrumadora mayoría de los estados de los Estados Unidos ya contaban con leyes que contemplaban sistemas de división y distribución de bienes afines al concepto de “*marital property*” y que rechazaban el régimen de título. CASTEEL, Stephanie, *cit.*, p. 1217.

carácter permanente una vez decretado el divorcio, que frecuentemente eran precedidas de un acuerdo previo entre las partes.⁷⁷

Los factores esbozados anteriormente fueron allanando el terreno para la posterior admisibilidad generalizada de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en los Estados Unidos.

2.3.2 REGLA TRADICIONAL: LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL POR CONTRAVENCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Hasta mediados del siglo XX, los acuerdos matrimoniales en los Estados Unidos eran otorgados con el fin, casi exclusivo, de estipular las reglas referentes a la adjudicación y la división de los bienes acumulados durante el matrimonio a su disolución por muerte. Se consideraba que este tipo de acuerdos promovía el bienestar y la armonía familiar, toda vez que podían contribuir a disminuir o a disipar posibles disputas que en su día pudieran surgir durante el proceso de partición y distribución del caudal hereditario de cualquiera de los cónyuges.⁷⁸

⁷⁷ CASTEEL, Stephanie, *cit.*, p. 1217.

⁷⁸ BIX, Brian, "Bargaining in the shadow of love: The enforcement of premarital agreements and how we think about marriage", 40 *William & Mary Law Review*, 1998, pp. 145 y ss.

La regla tradicional del *Common Law* era que los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, como categoría, eran nulos por el fundamento de que contravenían el orden público. Las razones que los tribunales aducían para negarse, sin más, a reconocer la validez de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial eran la protección de la institución de matrimonio y la desincentivación del divorcio. El hecho de que una pareja contemplara la separación o el divorcio antes de contraer nupcias o en situación de normalidad matrimonial se interpretaba como un atentado a la estabilidad del matrimonio y una forma de fomentar conflictos.⁷⁹

A mi juicio, sin embargo, el verdadero fundamento era que el ordenamiento no podía admitir un contrato que tuviera por objeto regular las consecuencias del divorcio en un momento histórico en el que no había plena libertad para acceder a este. El divorcio solo estaba disponible en los supuestos en los que una de las partes incurría en una conducta culposa y las consecuencias del mismo ya venían dictadas por ley. Por tanto, con la introducción del divorcio sin culpa y la posibilidad de libre acceso al divorcio dejaron de existir obstáculos de fondo que impidieran a los cónyuges o futuros cónyuges pactar anticipadamente las consecuencias del mismo.

Otros argumentos invocados con el objetivo de justificar la regla que establecía que los aludidos acuerdos eran nulos eran que si los acuerdos en contemplación del divorcio se admitían ello

⁷⁹ Véase, por ejemplo, *Gallemore v. Gallemore*, 114 So. 371 (1927); *Graham v. Graham*, 33 F.Supp. 936 (1940); *Ritchie v White*, 225 NC 450, 35 SE2d 414 (1945); *Fricke v Fricke*, 257 Wis 124, 42 NW2d 500 (1950); *Motley v Motley*, 255 NC 190, 120 SE2d 422 (1961).

provocaría que los tribunales tuvieran que considerar disputas familiares cotidianas, promovería que las parejas se mantuvieran en relaciones matrimoniales deterioradas por miedo a que su situación económica se viera afectada tras el divorcio y usurparía la autoridad tradicional de los tribunales para determinar los derechos y obligaciones resultantes del divorcio.⁸⁰

De hecho, los fundamentos aducidos para sustentar la regla que declaraba la nulidad de los acuerdos prenupciales se sintetizaba en el *Restatement of Contracts* de 1932, que establecía que un contrato no podía tener como objeto modificar los “*essential incidents of marriage*”.⁸¹

El *Restatement* no definía cuáles eran los aspectos del matrimonio que se consideraban “esenciales” y que, en consecuencia, no podían modificarse contractualmente. Sin embargo, dicho fundamento se invocó con éxito para anular acuerdos en los que se intentaba limitar la obligación de sostener económicamente al excónyuge o a los hijos o dejar sin efecto normas imperativas relacionadas con el domicilio conyugal.⁸²

El estado de las cosas cambió sustancialmente como consecuencia de la transformación de la concepción del

⁸⁰ *Stratton v. Wilson*, 185 S.W. 522 (1918); *Scherba v. Scherba*, 65 N.W.2d 758 (1954).

⁸¹ *Restatement of Contracts* § 587 (1932).

⁸² Véase, por ejemplo, *Isaacs v. Isaacs*, 99 N.W. 268, 270 (Neb. 1904); *Youngberg v. Holstrom*, 108 N.W.2d 498, 502 (Iowa 1961).

matrimonio a raíz de la “*no fault divorce revolution*”. Las leyes de divorcio, por constituir un reflejo del nuevo entendimiento del matrimonio, tuvieron una influencia evidente en el tratamiento judicial de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. El fundamento tradicional del Estado para rechazar los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, como se ha señalado, giraba primordialmente en torno al interés en proteger la institución del matrimonio. Una vez se flexibilizaron las leyes de divorcio, el referido argumento dejó de ser persuasivo o, al menos, se tornó insuficiente para continuar justificando la regla de que los acuerdos prenupciales en previsión de divorcio eran nulos *per se*.⁸³

2.3.3 LA TRANSICIÓN HACIA EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL

El principio moderno que reconoce a los esposos o futuros esposos la posibilidad de otorgar un acuerdo en previsión de divorcio es relativamente reciente en los Estados Unidos.

Su origen se remonta a 1970, cuando por primera vez un tribunal estadounidense declaró que los acuerdos prenupciales en previsión de divorcio, como categoría, no eran nulos *ab initio*, apartándose con ello de la regla prevaleciente hasta ese momento. Dicha ruta de la admisibilidad de los acuerdos en

⁸³ Véase, en general, FRANCK, Jens-Uwe, “So hedge therefore, who join forever: Understanding the interrelation of no-fault divorce and premarital contracts”, 23 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2009, pp. 235 y ss.

previsión de ruptura matrimonial la trazó el Tribunal Supremo de Florida en el notorio caso de *Posner v. Posner*.⁸⁴

Los hechos de *Posner v. Posner* eran sencillos. El prometido, que tenía un *trust* a su favor y activos con un valor combinado de más de diez millones de dólares, suscribió un acuerdo prenupcial con su futura esposa en el que estipularon que en la eventualidad de que se divorciaran ella únicamente tendría derecho a recibir una pensión alimenticia, cuya cuantía fluctuaría entre los seiscientos y mil doscientos dólares mensuales. El prometido le proporcionó a su futura esposa información falsa con respecto a su holgada situación económica.

A la luz de los hechos concretos que presentaba el caso, el acuerdo fue declarado nulo. El Tribunal apoyó su conclusión primordialmente en el hecho de que el esposo incumplió sustancialmente su deber de proporcionar a su pareja, antes de otorgar el acuerdo, información fundamental relacionada con su situación patrimonial. No obstante, subrayó que un acuerdo prenupcial era válido si a pesar de que uno de los cónyuges incumplía el referido deber, el otro tenía conocimiento de la información o era razonable esperar que la tuviera.

⁸⁴ 233 So.2d 381 (Fla. 1970). Cabe aclarar que en *Hudson v. Hudson*, 350 P.2d 596, 597 (Okla. 1960), resuelto antes que *Posner*, el Tribunal Supremo de Oklahoma ordenó el cumplimiento de un acuerdo prenupcial en virtud del cual una esposa renunciaba *ex ante* a su derecho a solicitar una pensión alimenticia post-divorcio. No obstante, la mayoría de los comentaristas plantean que *Posner* es el caso que, por la contundencia de sus argumentos, verdaderamente representó el punto de inflexión con respecto a la admisibilidad de los acuerdos en contemplación del divorcio en los Estados Unidos. BIX, Brian, "Bargaining in the shadow of love", *cit.*, p. 151.

La sentencia resolvió, además, que no constituía de suyo un fundamento para anular un acuerdo matrimonial el hecho de que este contuviera cláusulas que fueran desproporcionadamente ventajosas para uno de los cónyuges. Añadió que los contratantes están obligados a cumplir lo pactado, siempre que el acuerdo hubiese sido otorgado libre y voluntariamente y luego de haber cumplido con su deber de informar al otro de su situación económica.

Después de *Posner* los tribunales estatales estadounidenses comenzaron paulatinamente a conferir reconocimiento jurídico a los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, hasta que todos los estados, jurisprudencial o legislativamente, se decantaron por admitirlos.⁸⁵

Las sentencias que siguieron el camino abierto en *Posner v. Posner* también se apoyaron en el cambio de razones de política jurídica con respecto al matrimonio reflejado en las reformas de las leyes de divorcio. De hecho, en ese momento incluso se llegó a aducir que los contratos matrimoniales fomentaban el matrimonio, entendiendo que muchas personas optarían por no contraerlo si les estuviera vedada la posibilidad de proteger contractualmente sus intereses, los de sus hijos o los de terceras personas.⁸⁶

⁸⁵ Las sentencias más destacadas que se resolvieron en la década posterior a *Posner* fueron: *Volid v. Volid*, 286 N.E.2d 42, 46-47 (Ill. App. 1972); *In Re Marriage of Dawley*, 551 P.2d 323 (Cal. 1976) y *Osborne v. Osborne*, 428 N.E.2d 810 (Mass. 1981).

⁸⁶ Bix, Brian, "Bargaining in the shadow of love", *cit.*, p. 151.

Más adelante, al principio de la década de los noventa, se desarrolló una línea jurisprudencial, que hoy día es minoritaria, que establece que los acuerdos en cuestión deben ser interpretados exclusivamente a la luz de los principios del Derecho general de contratos. El caso paradigmático que ilustra dicha postura es *Simeone v. Simeone*.⁸⁷

Simeone presentaba un supuesto de hecho común en este ámbito. El prometido, con vastos recursos económicos, le solicitó a su pareja que otorgara su consentimiento a un proyecto de acuerdo prenupcial. Ella accedió. El acuerdo incluía una cláusula que limitaba significativamente su derecho a recibir una pensión alimenticia en caso de divorcio.

En *Simeone*, el Tribunal Supremo de Pennsylvania se apartó de jurisprudencia previa que condicionaba la eficacia de los acuerdos a que sus términos fueran justos para ambas partes. El Tribunal indicó que dicha tendencia se basaba en una visión paternalista injustificada de que ambos cónyuges no se encontraban en igualdad de condiciones para contratar y en la presunción de que las mujeres carecían de capacidad para comprender la naturaleza de los contratos que suscribían. En consecuencia, la sentencia resolvió que los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, particularmente los prematrimoniales, debían ser interpretados a la luz del Derecho general de contratos y sin restricciones especiales.

El Tribunal determinó, además, que en ausencia de dolo o intimidación, las partes contratantes están vinculadas por lo

⁸⁷ 581 A.2d 162 (Pa. 1990).

pactado porque al perfeccionar el contrato acreditan tácitamente que el mismo es razonable. Ello les impediría más adelante eludir la aplicación de sus términos con el argumento de que son “injustos”. Concluyó que el análisis de si los términos de un acuerdo eran justos debía ser excluido del ámbito de revisión judicial porque precisamente este tipo de intervención del Estado era la que tales contratos pretendían evitar.

A pesar de que hoy día lo resuelto en *Simeone* no constituye la concepción dominante, su importancia estriba en que constituye una de las fuentes que frecuentemente citan los autores y tribunales que sostienen que los principios tradicionales del Derecho de contratos proporcionan remedios adecuados para resolver los problemas de vicios del consentimiento o de desequilibrio en las prestaciones que podrían producirse en este ámbito.⁸⁸

En consecuencia, aducen que sería improcedente adoptar reglas o criterios especiales de análisis para enjuiciar la validez y eficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.⁸⁹

2.3.4 MOVIMIENTO UNIFORMADOR

Durante la década de los años setenta y a inicio de los ochenta, las reglas que regulaban los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en los Estados Unidos eran inciertas y variaban de

⁸⁸ Véase capítulos tercero y cuarto del presente trabajo.

⁸⁹ Algunas pocas sentencias han seguido la línea de *Simeone*. Véase, por ejemplo, *LeBeck v. LeBeck*, 881 P. 2d 727 (N.M. Ct. App. 1994); *In re Marriage of Spiegel*, 553 N.W. 2d 309 (Iowa 1996); *In re Marriage of Bonds*, 24 Cal. 4th 1 P.3d 815 (Cal. 2000).

estado a estado. La ausencia de certidumbre y uniformidad era atribuible, en parte, a la confección judicial *ad hoc* de soluciones para resolver problemas concretos.

A pesar de que, en teoría, la normativa existente con respecto a este tipo de acuerdos puede ser diferente en cada uno de los estados de los Estados Unidos, desde hace décadas existen corrientes unificadoras potentes —promovidas por sectores importantes de la comunidad jurídica norteamericana— que han desembocado en la adopción de influyentes propuestas de leyes uniformes.

a) *Uniform Premarital Agreement Act y Uniform Premarital and Marital Agreements Act*

La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*⁹⁰ adoptó en el año 1983 la *Uniform Premarital Agreement Act* (en adelante, “UPAA”),⁹¹ con el objetivo de proponer que los estados regularan legislativamente los acuerdos prenupciales. Los redactores de dicha propuesta de legislación consideraban, además, que era necesaria la adopción de un cuerpo uniforme de reglas que permitiera a las partes conocer de antemano qué cláusulas podían pactar válidamente.

⁹⁰ La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* — conocida comúnmente como NCCUSL, por sus siglas en inglés— es una organización que se fundó en el año 1892 con la finalidad de redactar y proponer leyes modelo para ser adoptadas voluntariamente por los estados de los Estados Unidos. El propósito de la organización es que la legislación entre los estados sea uniforme en determinadas materias. *Black’s Law Dictionary* (octava edición, 2004).

⁹¹ UNIF. PREMARITAL AGREEMENT ACT, 9B Uniform Laws Annotated.

La UPAA consiguió, en gran medida, cumplir una de sus finalidades principales ya que ha sido adoptada —aunque en ocasiones, con modificaciones sustanciales—, por un número considerable de estados norteamericanos.⁹² Los estados que carecen de legislación que regule los acuerdos prematrimoniales han desarrollado por vía jurisprudencial reglas similares a las contenidas en la UPAA.⁹³

La UPAA es un instrumento jurídico de mínimos. Consta únicamente de un breve preámbulo y de trece artículos de contenido muy general. Su alcance es muy limitado ya que sus disposiciones solo regulan los acuerdos prematrimoniales, definidos como acuerdos otorgados entre los futuros cónyuges “realizados en previsión del matrimonio y para surtir efectos en el mismo”.⁹⁴ Por tanto, los acuerdos post-nupciales, los de

⁹² Los estados de Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Montana, Nebraska, Nevada, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Texas, Utah, Virginia y Wisconsin han aprobado leyes que toman como modelo las disposiciones de la UPAA. Para un estudio comparativo de los estados que han aprobado la UPAA íntegramente o con modificaciones, véase CURRY, Amberlynn, “The Uniform Premarital Agreement Act and its variations throughout the states”, *23 Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2010, p. 335.

⁹³ Por ejemplo, este es el caso en los estados de Alabama, Alaska, Delaware, Florida, Indiana, Kentucky, Maryland, Michigan, Mississippi, Missouri, Nebraska, Ohio, Pennsylvania, Tennessee, Vermont, Washington, West Virginia y Wyoming. Véase CURRY, Amberlynn, *cit.*, p. 335.

⁹⁴ La UPAA establece: “*The definition of “premarital agreement” set forth in subsection (1) is limited to an agreement between prospective spouses made in contemplation of and to be effective upon marriage. Agreements between persons living together but not contemplating marriage... and postnuptial or separation agreements are outside the scope of this Act*”. Comment § 1, 9B Uniform Laws Annotated, 2001.

separación o divorcio y los suscritos entre parejas estables de hecho quedan fuera del ámbito de la UPAA.

Por otra parte, la sección 3 de la UPAA establece cuál es el contenido permisible de los acuerdos prenupciales. A tales efectos, incluye una lista no taxativa de algunas de las materias que pueden ser objeto de un acuerdo prematrimonial. Se hace referencia a los pactos de modificación o renuncia del derecho a una pensión alimenticia posterior al divorcio, a las estipulaciones referentes a la gestión y administración de bienes durante el matrimonio, así como a la liquidación y división de los mismos, siendo este último aspecto el que la UPAA viene a destacar.⁹⁵

Por lo antes dicho, las materias que pueden ser objeto de acuerdos prenupciales, según lo contemplado por la UPAA, son de marcado contenido patrimonial. Esta, sin embargo, aunque tímidamente, deja abierta la posibilidad de pactar otros contenidos, ya que establece que la libertad de pacto entre los futuros cónyuges únicamente queda sujeta a que *“el acuerdo prenupcial no contravenga el orden público, ni implique la comisión de actos punibles penalmente”*.⁹⁶

Junto a la sección 3 referente al posible contenido de los acuerdos prenupciales, la sección 6 de la UPAA es la más importante porque define los supuestos en los que los acuerdos

⁹⁵UPAA § 3, 9B Uniform Laws Annotated, 2001.

⁹⁶ Así, la UPAA § 3 (a) (8) dispone: *“Parties to a premarital agreement may contract with respect to any other matter, including their personal rights and obligations, not in violation of public policy or a statute imposing a criminal penalty”*. 9B Uniform Laws Annotated. 2001.

prenupciales carecen de eficacia. En síntesis, se contemplan como causas justificativas de la declaración de ineficacia de un acuerdo prenupcial, además de que el acuerdo no se haya otorgado libre y voluntariamente: (i) que el que lo impugna demuestre que en el momento de la perfección del acuerdo desconocía —o no era razonable esperar que conociera— la situación económica de su cónyuge y (ii) que, además, los términos del acuerdo eran sustancialmente desproporcionados.⁹⁷ Para hacer dicha determinación únicamente se toman en cuenta las circunstancias imperantes

⁹⁷ En concreto, dicha sección establece que un “*premarital agreement is not enforceable if the party against whom enforcement is sought proves that:*

(1) that party did not execute the agreement voluntarily; or

(2) the agreement was unconscionable when it was executed and, before execution of the agreement, that party:

(i) was not provided a fair and reasonable disclosure of the property or financial obligations of the other party;

(ii) did not voluntarily and expressly waive, in writing, any right to disclosure of the property or financial obligations of the other party beyond the disclosure provided; and

(iii) did not have, or reasonably could not have had, an adequate knowledge of the property or financial obligations of the other party.

(b) 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, notwithstanding the terms of the agreement, may require the other party to provide support to the extent necessary to avoid that eligibility.

(c) An issue of unconscionability of a premarital agreement shall be decided by the court as a matter of law.” UPA § 6, 9B Uniform Laws Annotated, 2001.

en el momento del otorgamiento del contrato. Por tanto, es impertinente considerar cambios en las circunstancias ocurridos posteriormente. Sin embargo, la *UPAA* establece, a modo de excepción, que no se reconocerá la eficacia de aquellas estipulaciones que modifiquen o eliminen el derecho del excónyuge a una pensión si en el momento en el que se solicita su cumplimiento ello causaría que este se convirtiera en beneficiario de asistencia pública. En dicho supuesto, el tribunal puede ordenar al otro cónyuge que proporcione sustento al necesitado.⁹⁸

En el año 2012, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* adoptó la *Uniform Premarital and Marital Agreement Act* (en adelante, “*UPMAA*”). A diferencia de la *UPAA*, las disposiciones de la nueva ley modelo son de aplicación tanto a los acuerdos que se otorgan antes de la celebración del matrimonio, como a los que se otorgan después.⁹⁹ No obstante, contienen disposiciones muy similares, salvo en lo que respecta a la validez y eficacia de los acuerdos matrimoniales.¹⁰⁰ En estos ámbitos, como se discutirá en las partes pertinentes del presente escrito, la *UPMAA* adopta principios muy parecidos a los *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution* (en adelante “*ALI Principles*”).¹⁰¹

⁹⁸ *UPAA* § 6 (c), 9B Uniform Laws Annotated, 2001.

⁹⁹ Artículo 3 de la *UPMAA*, 2012.

¹⁰⁰ La *UPMAA*, por haberse adoptado muy recientemente, no ha sido adoptada por ningún estado. En consecuencia, el presente escrito habrá de concentrarse mayormente en el análisis de las disposiciones pertinentes de la *UPAA*.

¹⁰¹ American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (2002).

b) *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution*

En el año 2002, casi veinte años después de la aprobación de la UPAA, el *American Law Institute*¹⁰² publicó los *ALI Principles*, que tienen como objetivo promover la clarificación del Derecho, uniformarlo y adaptarlo a las nuevas realidades sociales.

Los *ALI Principles* constan de siete capítulos que abarcan los temas de responsabilidad parental, sostenimiento económico a hijos y a cónyuges, división de bienes y regulación de las sociedades domésticas u otros arreglos de convivencia. En lo pertinente, el séptimo capítulo propone una regulación de las diferentes categorías de contratos entre cónyuges o parejas de hecho.

Es difícil identificar la penetración que los *ALI Principles* han tenido en la legislación estatal en los Estados Unidos.¹⁰³ Sin

¹⁰²El *American Law Institute* es una organización, creada en el año 1923, integrada por abogados, jueces y académicos que tienen como objeto promover la uniformidad del Derecho norteamericano a través de la publicación de códigos o tratados modelos. Entre sus más influyentes aportaciones se destacan los *Restatements of the Law* y los *Principles of the Law*. Véase www.ali.org.

¹⁰³ WARDLE, Lynn D., "Deconstructing family: a critique of the American Law Institute's "domestic partners" Proposal", *Brigham Young University Law Review*, 2001 p. 1193. En dos años de su aprobación, los *ALI Principles* fueron citados por tribunales estatales y federales en más de 150,000 ocasiones. WILSON, Robin Fretwell, *Introduction to reconceiving the family: Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*, Robin Fretwell Wilson ed., 2006, p. 3. Para una visión contraria, que apunta a que los *ALI Principles* han ejercido poca influencia en las legislaciones estatales, véase CLISHAM, Michael R., "American Law Institute's

embargo, no hay duda de que han ejercido una influencia notable entre los comentaristas norteamericanos y, como se verá, en algún legislador europeo. Dichos principios constituyen hoy día una referencia obligada en la materia porque, además de dar cuenta de la consolidación de la admisibilidad de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en los Estados Unidos, proporcionan un *corpus* dogmático importante.

Los *ALI Principles* ponen de manifiesto el espacio que la autonomía privada ha ganado en este ámbito, lo que resulta incluso de su propia declaración de objetivos, en la que se menciona que una de sus finalidades es “*permitir a los cónyuges que quieran contraer matrimonio y aquellos que constituyan una relación doméstica similar acomodar mediante un contrato sus necesidades y circunstancias particulares.*”¹⁰⁴

De hecho, el alcance de los *ALI Principles* es más amplio que el de la *UPAA* y el de la *UPMAA* porque contiene reglas que regulan los acuerdos prematrimoniales, los otorgados después de celebrado el matrimonio y los acuerdos de separación. Asimismo, contienen una novedad importante: sus reglas son de aplicación a los acuerdos otorgados por las parejas estables de hecho.¹⁰⁵

Principles of the Law of Family Dissolution, eight years after adoption: guiding principles or obligatory footnote?, 42 *Family Law Quarterly*, 2008, p. 608.

¹⁰⁴ Sección 7.02 de los *ALI Principles*, 2002.

¹⁰⁵ Sección 7.01 de los *ALI Principles*, *cit.*

Por otro lado, los *ALI Principles* establecen que deben cumplirse una serie de requisitos para que los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial se consideren válidos. Por ejemplo, imponen a las partes el deber de proporcionarse información acerca de su situación económica, exigen que estas tengan la oportunidad de obtener asesoramiento legal independiente y requieren que el acuerdo, en caso de ser prenupcial, se perfeccione al menos treinta días antes de celebrarse el matrimonio.¹⁰⁶

Asimismo, los *ALI Principles* contemplan la facultad de los tribunales para revisar el contenido de los acuerdos prenupciales, entre otras razones, si ha transcurrido cierto número de años entre su perfección y su cumplimiento o si ocurre un cambio no anticipado en las circunstancias que tenga un impacto sustancial en los cónyuges o en sus hijos.¹⁰⁷

3. DESARROLLOS EUROPEOS

3.1 ADMISIBILIDAD DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL EN EUROPA

Los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, hasta hace poco, eran vistos como una “rareza” o “excentricidad” propia de los Estados Unidos. Sin embargo, en los países europeos este tipo de contrato con el paso del tiempo ha ido ganando espacio en la praxis, en la aplicación judicial del Derecho y en las legislaciones jurídico-familiares.

¹⁰⁶ Sección 7.04 de los *ALI Principles*, *cit.*

¹⁰⁷ Sección 7.05 de los *ALI Principles*, *cit.*

En buen número de ordenamientos europeos se han admitido jurisprudencialmente los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, a través de referencias generales al principio de la autonomía privada o, más concretamente, como una manifestación de la autonomía de los cónyuges o de los futuros cónyuges de otorgar capitulaciones matrimoniales.¹⁰⁸ Entre los países en los que se admiten dichos acuerdos se encuentran Austria, Escocia, Bélgica, Suecia, Países Bajos, Portugal y Francia.¹⁰⁹ Sin embargo, todavía es posible identificar algunos ordenamientos en los que estos pactos no se admiten. Es paradigmático el caso de Italia, donde la corte de *Cassazione* de Italia se ha pronunciado expresamente en contra de su admisibilidad.¹¹⁰

Ahora bien, en muy pocos ordenamientos europeos la admisibilidad de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial se reconoce expresamente por ley.¹¹¹ Destaca, como excepción, el ordenamiento catalán que regula

¹⁰⁸ SCHERPE, Jens M., *Marital agreements cit.*, pp. 481 a 511; BOELE-WOELKI, Katharina, BRAAT, Bente y CURRY-SUMNER, *European family law in action*, (Vol. III, Property Relations), Intersentia, Oxford, 2009, pp. 1131 a 1140.

¹⁰⁹ SCHERPE, Jens M., *Marital agreements, cit.*, p. 481.

¹¹⁰ Véase OBERTO, Giacomo, "Prenuptial agreements in contemplation of divorce e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale" en RUSCELLO, Francesco (coord.), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 105 a 180.

¹¹¹ El ordenamiento alemán solo contiene una referencia indirecta a este tipo de pactos, mas no los regula. Así, la sección 1480.2 del Código Civil alemán (BGB) admite la posibilidad de pactar una renuncia a la pensión compensatoria de forma anticipada.

legislativamente, de forma abarcadora y detallada, dicho tipo de acuerdos.

La relevancia de la cuestión ha adquirido recientemente una dimensión notable, lo que incluso ha motivado a ordenamientos que tradicionalmente se han mostrado reacios a admitir dichos acuerdos a realizar estudios comparados sobre el tema.¹¹² Asimismo, se han organizado grupos de trabajo con el fin de reflexionar sobre la deseabilidad o conveniencia de reconocer su validez y de regularlos legislativamente. Así ha sucedido emblemáticamente en Inglaterra.¹¹³

Hasta hace muy poco, la regla general imperante en el Derecho inglés era que un pacto en previsión de ruptura matrimonial se consideraba nulo, por idénticos fundamentos de orden público que hasta la década de los años setenta justificaron su prohibición en los Estados Unidos.¹¹⁴ Recientemente, sin

¹¹² Cabe destacar el libro de Derecho comparado coordinado por Jens. M. SCHERPE, *Marital agreements*, cit.

¹¹³ La *Law Commission* organizó en el año 2009 un grupo de trabajo con el objeto de analizar el tema de la admisibilidad de los acuerdos en contemplación a una ruptura matrimonial en el Derecho inglés y proponer un anteproyecto de una ley que regule este tipo de contratos. Véase *Consultation Paper*, cit. Se espera que la *Law Commission* presente sus recomendaciones finales en otoño del año 2013. Para un detallado informe sobre el estado de las cosas con respecto a este proyecto, véase COOKE, Elizabeth, "Pre-nups and beyond: what is the Law Commission up to now?" *Family Law Journal*, 2012, pp. 323 y ss.

¹¹⁴ Dicha regla se derivaba del caso *Hyman v. Hyman* (1929), consolidado en la *Matrimonial Causes Act* de 1973. Se consideraba que los cónyuges que presentaban una acción de divorcio se sometían a la facultad de los tribunales de establecer las consecuencias del mismo, incluyendo negarle eficacia a cualquier pacto entre los cónyuges o futuros cónyuges. Sin embargo, posteriormente, en *MacLeod v MacLeod*, [2008] UKPC 64, [2010] 1 AC 298, se aclaró que la regla que establecía que los acuerdos en previsión de

embargo, la existencia de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial comenzó a ser un elemento relevante o, al menos, digno de consideración en la resolución judicial de las consecuencias y efectos del divorcio. La referida tendencia desembocó finalmente en el caso de *Radmacher v. Granatino*, resuelto por la *Supreme Court* en las postrimerías del año 2010.¹¹⁵

Los hechos del caso son los siguientes. Cuatro meses antes de contraer matrimonio, el Sr. Granatino, francés, y la Sra. Radmacher, alemana, otorgaron un acuerdo que establecía que el matrimonio se gobernaría por el régimen de separación de bienes y que en caso de divorcio ninguno de los cónyuges reclamaría participación económica en el patrimonio del otro.

El acuerdo fue redactado en alemán y otorgado en Alemania ante un notario, en cumplimiento de todos los requisitos y formalidades legales de la legislación alemana. El Sr. Granatino no recibió asesoramiento legal. Tampoco le fue provista

ruptura eran nulos no era de aplicación a los acuerdos otorgados después de la celebración del matrimonio.

¹¹⁵[2010] UKSC 42. Para un comentario de *Radmacher v. Granatino*, véase SCHERPE, Jens M. “Fairness, freedom and foreign elements – marital agreements in England and Wales after *Radmacher v Granatino*”, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 4, 2011. Para una traducción al castellano de dicho artículo, véase SCHERPE, Jens M., “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*: Equidad, libertad y “elementos extranjeros”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 2, 2012. Véase, además, GASPAR LERA, Silva, Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 3, 2012.

información completa acerca de la situación patrimonial de su pareja.¹¹⁶

El matrimonio vivió en Londres y tuvo dos hijas. Durante la relación, el marido, quien tenía una situación económica menos holgada que su esposa, abandonó su carrera de banquero de inversiones para hacer un doctorado en biotecnología y más tarde dedicarse a la carrera académica. Ello le supuso una pérdida sustancial de ingresos.

Después de ocho años de matrimonio, la pareja se separó y un año después se divorció en Londres. La custodia de las hijas habidas en el matrimonio le fue concedida a la madre. Además, el juez le concedió al Sr. Granatino 5,5 millones de libras esterlinas. La sentencia le concedió un peso considerable a las circunstancias en las que el acuerdo fue otorgado, particularmente que el mismo no fue traducido a un idioma que Granatino pudiera leer, que este no contó con asesoramiento legal independiente y que no fue informado de los bienes con la que su esposa contaba, ni la riqueza familiar que ella tenía la expectativa de heredar. También le dio importancia al hecho de que el pacto no contenía previsiones para el caso de nacimiento de hijos, ni contemplaba el derecho de los excónyuges a percibir una pensión en caso de necesidad económica.

Posteriormente, la *Court of Appeal* resolvió que era preciso conceder mayor peso a lo pactado por las partes y redujo significativamente el contenido económico de la resolución

¹¹⁶ Estas dos cautelas procedimentales no son requeridas por el Derecho alemán o el francés, por lo que presumiblemente en ambos países el acuerdo hubiera sido válido. SCHERPE, Jens M., “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra”, *cit.*, p. 5.

dictada en favor de Granatino. En su lugar, ordenó que le fuera concedida una cantidad destinada únicamente a sufragar su sustento y vivienda hasta que las hijas de la pareja fueran mayores de edad. Al resolver como lo hizo, dicho tribunal concedió especial énfasis al hecho de que las niñas pernoctarían frecuentemente con su padre. La sentencia dictada por la *Supreme Court* confirmó la decisión de la *Court of Appeal*.

Radmacher v. Granatino despejó la incertidumbre hasta entonces existente con respecto a la admisibilidad de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en el Derecho inglés. Dejó en claro que era obsoleta y, en consecuencia, debía abandonarse la regla que establecía que dichos acuerdos eran nulos porque contravenían el orden público.

Con respecto al tema de la validez *ex ante* de dichos acuerdos, la *Supreme Court* determinó que, además de examinar la posibilidad de que haya mediado uno de los vicios clásicos del consentimiento, era preciso tomar en cuenta, por ejemplo, si pudo haber mediado una presión emocional indebida o la explotación de una posición dominante. Se indicó que entre los factores que los tribunales deben tomar en consideración al hacer dicho análisis se encuentran el estado emocional de las partes y si el matrimonio hubiese sido celebrado aún si el acuerdo no hubiera sido suscrito.

En lo referente a la eficacia *ex post* de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, el caso resolvió que los tribunales debían declarar la eficacia de los acuerdos matrimoniales otorgados libre, voluntariamente y con conocimiento pleno de sus consecuencias, a menos que hacerlo fuera injusto a la luz de

las circunstancias prevalecientes en el momento en el que se solicitara el cumplimiento. Entre las circunstancias que pueden afectar la eficacia de estos acuerdos destacó el incumplimiento sustancial de la obligación de proporcionarse información económica, el que una de las partes no hubiese tenido oportunidad de obtener asesoramiento legal o que ocurriesen eventos inesperados después del otorgamiento del contrato.¹¹⁷

JENS SCHERPE sostiene que en *Radmacher*, siguiendo la pauta establecida por otros ordenamientos, propone que el análisis de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial se analice en dos fases. La primera de ellas, la que el autor denomina “fase de equidad procesal”, requiere analizar si el contrato fue otorgado libremente por las partes y con pleno conocimiento de sus implicaciones. La segunda fase, “la de equidad sustantiva” implica analizar, si a la luz de las circunstancias imperantes en la situación actual, causarían una injusticia ordenar el cumplimiento del acuerdo según pactado.¹¹⁸

3.2 DERECHO ESPAÑOL

3.2.1 DERECHO ESTATAL

Las capitulaciones matrimoniales constituyen el tipo de negocio conyugal que más tradición posee en el Derecho español.¹¹⁹ Su

¹¹⁷ [2010] UKSC 42, pp. 76 a 80.

¹¹⁸ SCHERPE, Jens M., “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra”, *cit.*, p. 8.

¹¹⁹ La exposición en el apartado 3.2.1 se basa en las siguientes fuentes: ROMÁN GARCÍA, Antonio, *El matrimonio y su economía (Régimen económico matrimonial legal y regímenes convencionales)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, pp. 91 y ss., GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *Instituciones de Derecho Privado*, Vol. 4, Tomo II, (DELGADO DE

contenido ordinario, con apoyo en el artículo 1.315 del Código civil, son las disposiciones en la que los otorgantes, antes o después de celebrarse el matrimonio, acuerdan “*estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio*”.¹²⁰

Así, el contenido ordinario por excelencia de las capitulaciones matrimoniales son las cláusulas a tenor de las cuales las partes establecen las reglas por las que han de regirse sus actividades patrimoniales, bien eligiendo un régimen legalmente previsto en el Código civil— o en una legislación foral—bien estableciendo un régimen distinto.

Dicho contenido no es el único, ni absolutamente necesario, para que las capitulaciones sean válidas. El artículo 1.325 del Código civil español contempla la posibilidad de que, además de estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial, los otorgantes establezcan en capitulaciones matrimoniales “*cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio*”.

En la expresión “*cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio*” vienen amparadas aquellas que las partes a bien

MIGUEL, Juan Francisco, coord.) Civitas, Madrid, 2002, pp. 199 y ss.; BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1997, pp. 19 y ss.

¹²⁰ En vista de que en el Derecho estatal español el régimen legal supletorio es el de gananciales, con frecuencia se otorgan capitulaciones matrimoniales con el fin de pactar el régimen de separación de bienes y excluir la posibilidad de que se determine que son comunes las ganancias, ingresos o beneficios que obtenga cada cónyuge durante el matrimonio.

entiendan pactar¹²¹ y las que el propio Código Civil contempla expresamente, a saber: (i) los negocios jurídicos de contenido matrimonial, como, por ejemplo, las donaciones *propter nuptias*; (art. 1341 CC) y (ii) los negocios jurídicos de Derecho sucesorio, como las mejoras, la promesa de mejorar o la delegación al cónyuge de la facultad de mejorar (artículos 826, 827 y 831 CC, respectivamente).

Por la importancia de las relaciones que regulan y por su carácter constituyente de los efectos económicos del matrimonio, las capitulaciones se configuran como un acto formal o solemne que, según lo dispone el artículo 1.327 del Código civil, deben ser formalizadas en escritura pública como condición para su validez.

Resulta pertinente subrayar que la forma, como elemento esencial para su validez, alcanza al contenido ordinario de las capitulaciones, esto es, la constitución del régimen económico matrimonial, pero no necesariamente al atípico. En consecuencia, habrá que tener en cuenta las reglas concretas por las que se rija cada uno de los diversos actos y negocios que pueden incluirse en las capitulaciones matrimoniales.

a) Encaje de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil español

El otorgamiento de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial constituye un fenómeno reciente y hasta hace poco

¹²¹ Dicha libertad de pacto, en principio, solo está sujeta a las limitaciones generales que impone el artículo 1328 del Código civil, que dispone: “Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.”

eran relativamente desconocidos en la práctica notarial tradicional. Sin embargo, durante los últimos años estos pactos se han comenzado a incluir en las escrituras de capitulaciones matrimoniales.

Estos acuerdos preventivos no vienen respaldados por un pronunciamiento jurídico explícito en la legislación estatal española. Ante el silencio del Código civil, su admisibilidad en el ordenamiento español ha sido cuestionada. Así, ha surgido el interrogante de si en el Derecho español las capitulaciones matrimoniales pueden ocuparse de regular normativamente las consecuencias de una crisis matrimonial cuando esta no ha surgido.

El artículo 1.255 del Código civil, que establece que *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público,”* es el punto de partida que apoya la admisibilidad de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en el Derecho estatal español. También encuentra apoyo en el artículo 1.323 que, con carácter general, reconoce la libertad de los cónyuges de celebrar entre sí toda clase de contratos al establecer que *“los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”*.

El antes citado artículo 1.325 completa la fórmula para encajar los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en el Código civil español. Del lenguaje de dicho artículo se desprende que el contenido posible de las capitulaciones no se agota con las estipulaciones referentes al régimen económico matrimonial.

Así, otros tipos de contenidos vendrían fundamentados en el último inciso de dicho artículo que permite pactar “*cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio*”.¹²²

Un sector doctrinal sostiene que las capitulaciones matrimoniales siempre deben mirar al matrimonio que convive y que están diseñadas para contener la regulación del régimen económico matrimonial y otros aspectos de la economía familiar y que no es posible incluir en ellas regulación más allá del matrimonio.¹²³ Sin embargo, actualmente dicha postura no goza de mayor predicamento.

La doctrina moderna prevaleciente sostiene que en las capitulaciones matrimoniales puede introducirse *cualquier* estipulación que reglamente las relaciones personales y patrimoniales futuras de los cónyuges, admitiéndose de esta manera los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.¹²⁴

¹²² Véase, en general, PÉREZ SANZ, Antonio, “Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales”, *Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXVI, 1985, p. 10; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentario del Código civil, (arts. 1.325 a 1.335)*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 602; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil*, Tomo VI, Madrid- Barcelona, 2002, p. 168.

¹²³ En tal sentido, véase AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, “Comentario al artículo 1.325 CC.” en *Comentarios a las reformas del Derecho a Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 2376 a 2377; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?”, *Aranzadi Civil*, Número 18/24, 2004.

¹²⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, “En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”, en *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pp. 120 a 123; EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria”, *cit.* pp. 4556 a 4557; GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales”, *cit.*, p. 1673; PASTOR VITA, Francisco Javier, “La renuncia anticipada a la pensión

Finalmente, sobre este tema conviene recordar la distinción clásica formulada por LACRUZ BERDEJO, entre capítulos matrimoniales como negocio jurídico específico y capítulos matrimoniales como *instrumentum*. La concepción de capitulaciones como *instrumentum* contempla que en estas se acoja todo tipo de pacto relacionado con el matrimonio que pueda constar en escritura pública.¹²⁵

Por todo lo antes dicho, entiendo que nada se opone a que el tipo de acuerdo preventivo al que me he referido se formalice en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes o durante el matrimonio.¹²⁶

compensatoria en capitulaciones matrimoniales” en *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, Número 19, 2003, p. 49; ROCA TRÍAS, Encarna, “Autonomía, crisis matrimonial y contrato”, *cit.* p. 2128; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, “Acuerdos y contratos prematrimoniales”, *Boletín de Derecho de familia*, núm. 81, 2008, p.12; REBOLLEDO VARELA, A.L., “Pactos en previsión de ruptura matrimonial” en *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, Aranzadi, 2008, p. 741; MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad” en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, coord.), Lexnova, Valladolid, 2009, pp. 101 a 118 y en *Pactos prematrimoniales*, Tecno, Madrid, 2011; FERRER RIBA, Josep, “Marital agreements”, *cit.* Entre los que muestran resistencia a la admisibilidad de estos pactos, se destaca CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *cit.*

¹²⁵ Véase REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña” en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (coordinado por GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier) Editorial Aranzadi, 2008, p. 742; GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales”, *cit.*, p. 1660.

¹²⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2008, p. 148. Véase, además, PAZ-ARES, Ignacio, *cit.*, pp. 114 a 115; GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales”, *cit.*, p. 1659; EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria”, *cit.*, p. 4556.

Así pues, hoy día, la doctrina mayoritaria española admite la posibilidad de ubicar en el marco de referencia del Código civil español los acuerdos prenupciales *ex ante* en previsión de una ruptura matrimonial aunque la institución no esté prevista allí específicamente, ni contenga referencia alguna a la misma.

La admisibilidad de este tipo de pactos precisamente queda confirmada plenamente por jurisprudencia reciente, que, aunque con ciertas vacilaciones, ha reconocido la validez de los mismos dentro del Derecho estatal español.¹²⁷ Ahora bien, un paso adelante significativo viene dado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011 en la que se despejan las dudas con respecto a la admisibilidad en el ordenamiento español de los contratos que prevén las consecuencias de una futura separación o ruptura.¹²⁸

En este caso, la esposa interpuso una demanda de separación, de la cual desistió poco tiempo después de haber otorgado con su esposo el pacto cuya validez y eficacia se discutía en el pleito.

¹²⁷ Aun así son pocas las resoluciones judiciales en las que se viene admitiendo la validez de estos contratos. Se destacan, por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1599); de la Audiencia Provincial de Álava, de 25 de abril de 2002 (JUR 2003/231109); de la Audiencia Provincial de Murcia, de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/71008) y de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de febrero de 2007 (CJVR 2007/1514). En estos casos los tribunales consideraban la validez de acuerdos a tenor de los cuales se pretendía renunciar o cuantificar de antemano los derechos económicos de las partes post- separación o divorcio.

¹²⁸ STS 31.03.2011, RJ 2158 /2011, cuyo magistrado ponente fue Encarna Roca Trías. Para un comentario detallado de dicha sentencia, véase ANDERSON, Miriam, "Comentario Sentencia de 31 de marzo de 2011 RJ 2158/2011", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 88, 2012, p. 2349.

Varios años después, la esposa presentó una nueva demanda de separación y posteriormente recayeron sentencias de separación y de divorcio.

El referido pacto, formalizado en escritura pública, contenía básicamente tres previsiones: i) la disolución de la sociedad de gananciales, de modo que los cónyuges pasarían a regirse por la separación de bienes; ii) la obligación del esposo, en caso de que la pareja volviera a separarse, de abonar a la esposa una cantidad mensual equivalente a 200.000 de las antiguas pesetas; y iii) la obligación del marido de “donar” a la esposa un piso o un apartamento elegido por ella, de valor no superior a 30 millones de pesetas.

Después de varios trámites procedimentales, la exesposa interpuso demanda de juicio declarativo exigiendo el cumplimiento de las referidas obligaciones. El Tribunal determinó que el pacto era válido y eficaz pero solo en cuanto a la pensión mensual, en tanto la deuda no hubiera prescrito.¹²⁹

El Tribunal Supremo repasó la jurisprudencia que admitía la validez de los pactos que establecen las consecuencias de la ruptura cuando esta ya ha surgido. Todos estos casos presentaban como nota común que los pactos se habían celebrado una vez los cónyuges se habían dado cuenta de que la convivencia resultaba imposible, de modo que no concurría la peculiaridad de los pactos propiamente en previsión de una

¹²⁹ El tribunal entendió, por el contrario, que la obligación de donar un inmueble a elegir por la esposa era nula de pleno derecho, por recaer sobre bienes futuros sobre los cuales el donante no podía disponer al tiempo de la donación, lo que contraviene el artículo 635 CC.

ruptura, consistente en que las partes perciben la misma como una eventualidad incierta.

En el caso en cuestión, el acuerdo se otorgó durante la vigencia del matrimonio en un momento en que todo apuntaba a que los cónyuges se habían reconciliado y en previsión de que volvieran a atravesar por una crisis matrimonial. El Tribunal calificó el pacto como un contrato atípico en el que se establecieron obligaciones del marido frente a la esposa para el caso de que se produjera una nueva separación. La sentencia viene a decir que un pacto de este tipo es eficaz siempre que se cumpla lo establecido en el artículo 1.261 del Código civil y todas las reglas reguladoras del contrato. Por tanto, dictaminó que es preciso determinar: a) si ambos contratantes otorgaron su consentimiento, b) el objeto del contrato y c) la causa de la obligación establecida.

Así las cosas, se constata una vez más que pese a la falta de regulación en el CC español de los pactos en previsión de ruptura matrimonial, a tenor del principio general de autonomía privada contractual y de su jurisprudencia interpretativa, se permite a los cónyuges acordar lo que tengan por conveniente.¹³⁰

Si bien es cierto que los pronunciamientos del Tribunal Supremo son contundentes con respecto a la admisibilidad de los pactos en previsión de ruptura matrimonial, a mi juicio, los hechos del presente caso probablemente no eran los adecuados para formularlos. En ese sentido, coincido con MIRIAM ANDERSON,

¹³⁰ ANDERSON, Miriam, “Comentario Sentencia de 31 de marzo de 2011”, *cit.* p. 2349.

cuando indica que “*la falta de proximidad a la posible ruptura de la convivencia [característica de este tipo de pacto], en este caso brilla por su ausencia, puesto que los cónyuges estaban, precisamente, inmersos en un pleito de separación*”.¹³¹

En cualquier caso, de la exposición anterior se deriva la conclusión de que el ordenamiento español se alinea con los países que, sin contar con un apoyo expreso en la ley, van aceptando por la vía judicial la validez y eficacia, en términos generales, de los pactos en previsión de ruptura matrimonial.

3.2.2 DERECHO CATALÁN

En Cataluña por ley se admiten y regulan expresamente los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.¹³² Cabe destacar

¹³¹ *Ibíd*em, p. 2349.

¹³² En algunas leyes autonómicas se encuentran referencias genéricas a los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Por ejemplo, el artículo 15 de la *Ley Aragonesa de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad* autoriza a que en capitulaciones matrimoniales pueda determinarse el régimen económico, convenirse heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, “*incluso en previsión de ruptura matrimonial*”. Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

Por su parte, el artículo 25 del *Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano* señala que en la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, “*ya que para produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo*”, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio”. Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (BOE de 20 de abril de 2007), modificada por Ley 8/2008 de 4 de noviembre.

que la primera referencia a los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial aparecía en el Código de familia.¹³³ En concreto, el artículo 15, referente a las capitulaciones matrimoniales (*capítols matrimoniales*), establecía que los cónyuges podían determinar “*el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideraran convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial*”. Dicha referencia genérica a los pactos en previsión de ruptura matrimonial constituía base suficiente para fundamentar su admisibilidad aunque el legislador optó en este momento por no establecer su ámbito y extensión.¹³⁴

En el año 2010 fue aprobado el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la familia y la persona. Dicha regulación refundió la contenida en el Código de Familia de 1998 con toda la normativa posterior relativa a la persona y la familia, modificando en diversos aspectos instituciones del Derecho anterior. En lo aquí pertinente, el artículo 231-20 establece los requisitos de contenido y forma de los pactos en previsión de la ruptura. Por tanto, el legislador catalán ha optado por regularlos expresamente con una clara inspiración en fuentes

¹³³ Ley 9/ 1998, de 15 de julio, del Código de Familia (BOE de 19 de agosto de 1998).

¹³⁴ Véase LÓPEZ BURNIOL, Juan José, *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua* [art. 15], (EGEA FERNÁNDEZ/FERRER RIBA, Dirs.), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 152 a 161.

de Derecho estadounidense, en concreto de la *UPAA* y más específicamente, de los *ALI Principles*.¹³⁵

Aunque a lo largo del presente escrito examinaré concretamente los artículos pertinentes del Libro Segundo, cabe mencionar que en este se establecen una serie de requisitos *ex ante* como, por ejemplo, que el acuerdo en previsión de ruptura matrimonial se otorgue en escritura pública y que el notario informe a ambas partes contratantes, por separado, del alcance de los términos del contrato.

Por otro lado, también se establecen reglas respecto a la eficacia *ex post* de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Por ejemplo, se establece que el acuerdo no será eficaz si en el momento en el que se solicita su cumplimiento sería gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, siempre que se demuestre que han sobrevenido circunstancias que no eran previsibles o no podían haberse previsto en el momento en el que se otorgó el contrato.

Si se compara el estado de las cosas en el Derecho estatal español y en el Derecho catalán, a primera vista, podría considerarse que en el primer caso la falta de reconocimiento legislativo explícito de los acuerdos en previsión de ruptura podría entenderse como una restricción a la libertad de pacto en este ámbito. Asimismo, también podría argüirse que los cónyuges gozan de mayor libertad de pacto cuando el acuerdo se encuentre sujeto a la más moderna y detallada regulación

¹³⁵ Así lo pone de relieve FERRER RIBA, Josep en “El Derecho de la persona y la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 3, 2010.

catalana. Sin embargo, a mi modo de ver, la conclusión es contraria.

La legislación catalana ha optado por admitir los referidos acuerdos pero condiciona su validez y eficacia al cumplimiento de ciertos requisitos, tanto procedimentales como sustantivos, con la finalidad de garantizar la libre formación de la voluntad y evitar injusticias llegado el momento de exigir el cumplimiento de lo pactado. En consecuencia, allí donde se ha legislado sobre el particular se han tomado en consideración una serie de circunstancias que determinan la admisibilidad, validez y eficacia solo de algunos pactos en previsión de ruptura y no de cualquiera que cumpla con los requisitos generales que establece el Derecho general de contratos.¹³⁶

Es verdad que el legislador catalán al regular estos acuerdos confiere a los operadores mayor seguridad jurídica. Sin embargo, también es verdad que ello no debe entenderse como que necesariamente facilite o promueva que las parejas otorguen este tipo de pactos, toda vez que se establecen múltiples requisitos que condicionan su validez y eficacia.

A *contrario sensu*, puede decirse que un sistema no regulado, que apele al Derecho general de contratos, aunque da mayor margen de pacto, aporta mayor incertidumbre porque la validez y eficacia de estos acuerdos dependerá exclusivamente del criterio judicial.

¹³⁶ Véase ANDERSON, Miriam, "Marital Agreements: Spanish Case-law v. The 2010 Catalan Reform" en *Confronting the frontiers of family and succession Law: Liber amicorum Walter Pintens*, Intersentia, Bélgica, 2012.

CAPÍTULO TERCERO

LA VALIDEZ *EX ANTE* DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL

1. LIBERTAD Y VOLUNTARIEDAD DEL CONSENTIMIENTO

1.1 INTRODUCCIÓN

Un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, como cualquier contrato, está sujeto a requisitos de consentimiento, capacidad, forma y contenido que determinan su *validez*.²⁷³ En consecuencia, queda sometido a reglas cuyo objetivo es que la decisión de contratar sea libre y voluntaria.

El Derecho presupone que al contratar los individuos actúan racionalmente y están en condiciones de promover y proteger sus intereses. En ocasiones, sin embargo, pueden concurrir circunstancias en las que estas preposiciones sean particularmente cuestionables.

²⁷³ En el presente trabajo se usa el concepto de *invalidéz* para designar los supuestos en los que al negocio le falta uno de sus elementos, carece de uno de los presupuestos del tipo al que pertenece o está viciado por un defecto de capacidad de una de las partes o en la formación de la voluntad. Utilizo el concepto de *ineficacia* para referirme a los casos en los que concurren los elementos esenciales y los presupuestos de validez del negocio pero una causa ajena impide que este produzca todos sus efectos. Acerca de la diferencia entre los conceptos de *invalidéz* e *ineficacia*, véase, en general, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema*, *cit.*, pp. 541 a 543.

Ello ocurre precisamente en el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, en atención a sus características singulares. Así, las partes están vinculadas por lazos afectivos y de confianza y el contrato gira en torno a una relación de duración indefinida que está particularmente sujeta a cambios significativos con el paso del tiempo. Además, a pesar de que estos acuerdos se perfeccionan antes de celebrado el matrimonio o en etapa de normalidad matrimonial su cumplimiento no se exige hasta que se produce la ruptura.²⁷⁴

Todo ello provoca la necesidad de plantearse si en este contexto es posible que el consentimiento sea libre, voluntario y racional y que medie el cálculo de interés personal que debe caracterizar la negociación y perfección de un contrato. La cuestión se plantea concretamente en los supuestos en los que uno de los contratantes otorga su consentimiento a un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial influenciado: i) por la presión o el temor de que, si no lo hace, el matrimonio no llegará a celebrarse o ii) por un particular estado emocional y psicológico, caracterizado por sentimientos irreflexivos y un optimismo excesivo acerca del éxito del matrimonio.²⁷⁵

²⁷⁴ Además, dichos contratos suelen otorgarse en un contexto altamente influenciado por concepciones sociales acerca de las relaciones de pareja. Por ejemplo, en ocasiones se perciben como una muestra de falta de confianza en el otro o de que no se está seguro del éxito del matrimonio. WILLIAMS, Hannon, *cit.*, pp. 849 a 850; MARSTON, Allison A., "Planning for love: The politics of prenuptial agreements," 49 *Stanford Law Review*, 1997, p. 894.

²⁷⁵ SILBAUGH, Katharine B., "Marriage Contracts and the Family Economy, 93 *Northwestern University Law Review*, 1998, p. 74; DETHLOFF, Nina, "Contracting in Family Law: A European perspective" en BOELE-WOELKI, Katharina, MILES, Jo y SCHERPE, Jens M. (coordinadores), *The future of family property in Europe*, Cambridge-Antwerp-Poland, 2011, *cit.*, pp. 86 a 87.

Así, corresponde analizar si los principios clásicos del Derecho general de contratos proporcionan remedios adecuados ante estos problemas o si es necesario adoptar normas especiales en este contexto. Con dicha finalidad, analizaré, a modo comparado, diversas fuentes normativas y paranormativas relativas a los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

1.2 PRESIÓN INDEBIDA

El interrogante que abordaré en este punto es si debe adoptarse algún remedio jurídico al problema que presenta que uno de los contratantes otorgue su consentimiento a un proyecto de acuerdo en previsión de ruptura matrimonial influenciado por la presión o el temor —infligido por la amenaza del otro contratante— de que si no lo hace el matrimonio no se celebrará.

En vista de que los problemas de consentimiento tradicionalmente son enmarcados dentro de la doctrina de los vicios del consentimiento, es preciso analizar el tema a partir de la misma.²⁷⁶

En tal sentido corresponde repasar, a grandes rasgos, los presupuestos generales para la impugnación de la validez de un contrato por causa de *intimidación*, ya que este es el marco en el

²⁷⁶ La exposición acerca de los vicios del consentimiento que se esboza en el presente escrito toma primordialmente como punto de referencia el Derecho civil español.

que suelen analizarse los casos en los que el consentimiento contractual se otorga bajo amenaza o coacción.²⁷⁷

1.2.1 PRESIÓN INDEBIDA E INTIMIDACIÓN

La voluntad contractual puede estar deformada por el temor; sin embargo, no cualquier temor se considera un vicio del consentimiento que invalide el contrato, sino solamente el que sea producto de una amenaza que inspire en el contratante el temor de sufrir un mal *inminente* y *grave* en su persona o bienes.²⁷⁸ El requisito de *inminencia* comporta analizar la proximidad del mal anticipado y la posibilidad de prevenirlo. Lo fundamental es que la amenaza, aunque sea de un daño futuro,

²⁷⁷Para una discusión detallada de la intimidación como vicio del consentimiento en el Derecho español, véase DÍEZ-PICAZO, Luis, “La intimidación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 32, Núm. 2-3, 1979, pp. 545 a 548; MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Comentario a los arts. 1265-1270 CC” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. I, Edersa, Madrid, 1993, pp. 210 a 440; GARCÍA VICENTE, José Ramón, “La intimidación en los contratos” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 2, Civitas, Madrid, 2002, pp. 1903 a 1928; GARCÍA VICENTE, José Ramón, “La intimidación de los contratos”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Núm. 9, 2002, pp. 117 a 132.

²⁷⁸ El art. 1.267 del Código civil español establece, en lo pertinente, que “*Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.*”

sea capaz de producir un temor racional y fundado en el momento de otorgar el consentimiento.²⁷⁹

El presupuesto de *gravedad* implica que la amenaza debe haber influido sustancialmente en el ánimo del sujeto. El intimidado debe haberse encontrado en la disyuntiva de contratar o de sufrir el mal con el que fue amenazado y escogió las consecuencias del contrato porque pensaba que con ello evitaba males mayores o más graves.²⁸⁰

Ahora bien, independientemente de la inminencia y gravedad de la amenaza, esta debe ser *ilícita* para que pueda tener lugar la impugnación del contrato por causa de intimidación. En consecuencia, la amenaza de que habrá de ejercitarse un derecho o se producirán consecuencias socialmente turbulentas o embarazosas no entrañan un mal que constituya intimidación.

Si en el otorgamiento de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial concurren los presupuestos esbozados anteriormente, este, como cualquier contrato, podrá anularse por causa de intimidación. El particular problema de presión indebida antes aludido, sin embargo, no encaja dentro de la doctrina clásica de los vicios del consentimiento por causa de intimidación. En este supuesto no se cumple con el requisito de umbral de que la amenaza sea *ilícita*.²⁸¹ Evidentemente, no

²⁷⁹ Díez-PICAZO, Luis, "La intimidación", *cit.*, pp. 545 a 548; MORALES MORENO, Antonio Manuel, "Comentario a los arts. 1265-1270 CC", *cit.*, pp. 210 y ss.; GARCÍA VICENTE, José Ramón, "La intimidación en los contratos", *cit.*, p. 1903.

²⁸⁰ MORALES MORENO, Antonio Manuel, "Comentario a los arts. 1265-1270 CC", *cit.*, pp. 210 y ss.; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos*, *cit.*, pp. 369 a 370; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema*, *cit.*, p. 490 y ss.

constituye una amenaza ilícita el hecho de que se condicione la celebración del matrimonio a que se otorgue consentimiento a un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.²⁸²

De hecho, los problemas que comporta que el alcance de aplicación de la doctrina de vicios del consentimiento sea tan limitado no solo es patente en el contexto de los acuerdos matrimoniales. Ello se ha puesto de relieve en algunas fuentes dogmáticas modernas del Derecho general de contratos que subrayan la necesidad de ampliar los fundamentos de impugnación de los contratos para incluir, supuestos en los que uno de los contratantes otorga su consentimiento contractual como consecuencia de influencias, presiones o aprovechamientos injustos o indebidos que, por no ser ilícitos, no configuran el vicio de intimidación según definido anteriormente.

Lo anterior se pone de manifiesto, por ejemplo, en el “*Draft Common Frame of Reference de los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*” (en adelante “DCFR”).²⁸³

²⁸¹ En los Estados Unidos, por idénticas razones, tampoco procedería en estos casos impugnar el acuerdo utilizando como fundamento que medió “*duress*” (equivalente al vicio de intimidación), que también requiere que la amenaza sea ilícita (“*wrongful*”). *Restatement of Contracts, cit. §492.*

²⁸² No debe perderse de vista que la promesa de matrimonio es incoercible. Así, por ejemplo, se destaca el artículo 42 CC, que establece expresamente: “*La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración.*”

²⁸³ El DCFR es el resultado de múltiples esfuerzos, llevados a cabo en Europa por diversos sectores de la comunidad jurídica, con el fin de elaborar un instrumento con principios comunes del Derecho privado europeo. El texto completo del DCFR está accesible en la siguiente dirección: <http://webh01.ua.ac.be/storme/DCFRInterim.pdf>. También se encuentra en un libro publicado en febrero de 2008 por la editorial Sellier, *Principles,*

Además de los vicios clásicos del consentimiento, dicha fuente reconoce el remedio de la nulidad del contrato como solución a otro tipo de problemas relacionados con el consentimiento contractual. A modo de ejemplo, cabe destacar la regla modelo 7:207 de la sección 2 del DCFR que, al incorporar los conceptos de “ventaja indebida” o “beneficio excesivo”, establece que una parte puede solicitar la anulación de un contrato si en el momento de su perfección tenía una relación de confianza con la otra y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, esta se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo un beneficio excesivo.²⁸⁴

Los conceptos de “beneficio excesivo” o “ventaja injusta” encuentran sus antecedentes en reglas propias del Derecho anglosajón. Por ejemplo, una de ellas es la de la “*undue influence*”, que establece que procede la anulación de un contrato cuando una de las partes ejerce influencia indebida sobre la otra y la segunda se encontrare en una relación de

Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group).

²⁸⁴ La regla modelo 7:207 dispone expresamente la siguiente:

(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

(a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and

(b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage.”

dependencia o subordinación respecto de la primera o las partes estuvieran vinculadas por una relación de confianza.²⁸⁵

Cabe indicar que las reglas modelo contenidas en el DCFR están concebidas para regir los contratos comerciales y tal como están formuladas no aplican a “*derechos u obligaciones referentes a relaciones familiares, relaciones matrimoniales o relaciones similares*”.²⁸⁶ No obstante, sirven para acreditar la tendencia moderna que apunta hacia un Derecho de contratos, que se aleja de una teoría pura de los vicios del consentimiento para intentar resolver los problemas que presenta la lesión injusta de otros intereses en la contratación que también merecen tutela y protección jurídica, tales como la confianza, la lealtad y la buena fe.

De hecho, idéntica tendencia se identifica en la mayoría de ordenamientos en los que se admiten los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, toda vez que, como se discutirá más adelante, se han decantado por la adopción de requisitos especiales para intentar dar solución al tipo de problema objeto de análisis en el presente acápite. Ello, en claro reconocimiento de que la doctrina clásica de vicios del consentimiento no llega a incidir en este ámbito.

²⁸⁵ *Restatement of Contracts*, cit. §492.

²⁸⁶ La sección 1:01 del Libro I del DCFR establece que las reglas modelo “*are not intended to be used, or used without modification or supplementation, in relation to rights and obligations of a public law nature or, except where otherwise provided, in relation to[...] family relationships, including matrimonial and similar relationships...*”

1.2.2 RESTRICCIONES TEMPORALES

Dadas las singulares características del contrato objeto de análisis en el presente trabajo y de los problemas antes reseñados, uno de los interrogantes que cabe plantearse es si debe imponerse un margen temporal mínimo entre la celebración del pacto y el enlace matrimonial.

La imposición de esta clase de restricción temporal contribuiría a evitar la posible influencia indebida que la proximidad inmediata del enlace matrimonial pudiera ejercer sobre la voluntad contractual. A mi juicio, el transcurso de un plazo entre el otorgamiento del acuerdo y la celebración del matrimonio puede, si no impedir este tipo de presiones, al menos contribuir a mitigarlas.

Debe quedar claro que en este ámbito la conducta jurídicamente reprochable no es que uno de los contratantes imponga como condición para la celebración del matrimonio que se otorgue el acuerdo prenupcial, sino que ello se comunique al otro sorpresivamente y en un momento muy cercano a la celebración del matrimonio.

En consecuencia, la restricción temporal pretende garantizar un espacio de libertad y prevenir que una parte se vea presionada a otorgar su consentimiento solo para evitar una situación embarazosa o de oprobio social, amén de los costes que podría suponer la cancelación repentina de la ceremonia matrimonial.²⁸⁷

²⁸⁷ GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.*, p. 2590; SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código de Cataluña, en

A mi modo de ver, aquí subyace la idea de que no debe reconocerse la validez de un acuerdo cuya perfección estuvo precedida de una táctica de negociación que, aunque lícita, se ubica fuera de los límites sociales aceptables en el contexto de la negociación entre futuros cónyuges. En ese sentido, la imposición de este tipo de restricción temporal constituye un *plus* en un ámbito en el que no llega a incidir la doctrina tradicional de los vicios del consentimiento.

En el Derecho europeo no se le ha dado mucha atención al tema del plazo que debe transcurrir entre el otorgamiento de un pacto en previsión de ruptura matrimonial y la celebración del matrimonio.²⁸⁸ Sin embargo, cabe señalar que el informe de la *Law Commission* de Inglaterra muestra interés en la cuestión. Aunque lo deja abierto a consulta, recomienda no introducir límites temporales en los *marital property agreement*. El fundamento esbozado es que una restricción temporal siempre comporta cierta arbitrariedad porque cualquier plazo impuesto para la celebración de los pactos prenupciales simplemente desviaría la presión a otro día.²⁸⁹ De hecho, JENS M. SCHERPE suscribe dicha opinión y añade que la mejor forma de resolver los problemas de presión indebida es adoptar diferentes

BARRADA ORELLANA, Reyes, GARRIDO MELERO, Martín y NASSARE AZNAR, Sergio, *El nuevo derecho de la persona y de la familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, p. 357.

²⁸⁸ Así lo subraya NINA DETHLOFF, *cit.*, pp. 87 a 88.

²⁸⁹“Marital property agreements (pre-nuptial and post-nuptial agreements)”, Consultation Paper, Law Commission, *cit.*, proposición 8.15.

cauteladas procedimentales en función del problema específico de falta de voluntariedad que se pretenda evitar.²⁹⁰

Por lo antes dicho, en Europa constituye una novedad que debe destacarse la regla que establece el artículo 231-20.3 del Código civil catalán a los efectos de que estos acuerdos tienen que otorgarse por lo menos treinta días antes de la celebración del matrimonio. Con ello cierra la posibilidad de demostrar que, pese a estas circunstancias, el acuerdo fue otorgado libremente.

Dicha norma está claramente inspirada en los *ALI Principles*. Sin embargo, aunque sendas fuentes establecen idéntica restricción temporal su incumplimiento comporta consecuencias distintas. Así, la sección 7.04 de los *ALI Principles* establece que surge una presunción *iuris tantum* de que el acuerdo prenupcial fue otorgado voluntariamente y libre de vicios del consentimiento si, entre otros requisitos, se demuestra que fue perfeccionado al menos treinta días antes de la celebración del matrimonio. Por tanto, es lícito otorgar el acuerdo en cualquier momento. No obstante, si ello ocurre una vez ha transcurrido el plazo mencionado, la parte que reclame que se declare la eficacia del contrato tendrá la carga de demostrar que el mismo fue otorgado voluntariamente.²⁹¹

²⁹⁰ SCHERPE, Jens M., *Marital agreements, cit.*, p. 499.

²⁹¹La sección 7.04 (3) de los *ALI Principles* establece que “*a premarital agreement is rebuttably presumed to satisfy the requirements of Paragraph (2) [that the other party’s consent was informed and not obtain under duress] when the party seeking to enforce the agreement shows that:*

- (a) it was executed at least 30 days before the parties’ marriage*
- (b) both parties were advised to obtain independent legal counsel, and had reasonable opportunity to do so, before the agreement’s execution; and,*

La UPAA no establece plazo dentro del cual tenga que otorgarse un acuerdo prenupcial.²⁹² Sin embargo, en los Estados Unidos es abundante la jurisprudencia en la que se han anulado pactos prenupciales por el fundamento de que fueron presentados a la consideración de la otra parte en víspera de la ceremonia matrimonial y su otorgamiento se impuso como condición para la celebración del matrimonio.²⁹³

A mi juicio, es acertada la imposición de una restricción temporal que exija que un proyecto de acuerdo prematrimonial se presente a la otra parte con suficiente antelación —me parece razonable el plazo de treinta días— para que pueda valorar la conveniencia de aceptar los términos del pacto sin verse presionada por la inminencia de la boda. Sin embargo, considero que este dato debería ser meramente orientador. El acuerdo no siempre debe declararse inválido cuando dicha norma se incumpla. A mi modo de ver, pese a dicha

(c) in the case of agreements concluded without the assistance of independent legal counsel for each party, the agreement states, in language easily understandable by an adult of ordinary intelligence with no legal training, (i) the nature of any rights or claims otherwise arising at dissolution that are altered by the contract, and the nature of that alteration, and (ii) that the interests of the spouses with respect to the agreement may be adverse."

²⁹² Algunos estados han incorporado este tipo de norma. Por ejemplo, es interesante que la ley de California establece que los acuerdos prenupciales tienen que otorgarse por lo menos siete días antes de la celebración del matrimonio. Cal. Fam. Code, sección § 1615(c) (2006). Cabe señalar que la UPMAA tampoco establece el tipo de restricción temporal al que hemos aludido.

²⁹³ Véase, a modo de ejemplo, *Zimmie v. Zimmie*, 464 N.E.2d 142, 146-147 (Ohio 1984); *In re Marriage of Matson*, 730 P.2d 668 (Wash. 1986); *In re Marriage of Matson*, 730 P.2d 668 (Wash. 1986); *In re Marriage of Foran*, 834 P.2d 1081 (Wash. Ct. App. 1992); *Tiryakian v. Tiryakian*, 91 N.C. App. 128 (1998); *In re Marriage of Bernard*, 204 P.3d 90 (Wash. 2009).

circunstancia, el contrato puede haberse otorgado libre y voluntariamente, por ejemplo, si la parte que lo impugna sabía que la otra estaba preparando un borrador del acuerdo o si hubo tiempo suficiente para obtener asesoramiento legal.²⁹⁴

1.3 ESTADO MENTAL Y PSICOLÓGICO

También existen dudas acerca de la validez del consentimiento que una persona otorga a un proyecto de acuerdo prenupcial cuando su estado mental y psicológico está gobernado por un excesivo optimismo con respecto al éxito del matrimonio. Ello es producto, en muchas ocasiones, de la particular atmósfera emocional que rodea el enlace matrimonial. Dichas circunstancias pueden provocar que en ese momento no se contemple la posibilidad de que podría ocurrir una ruptura matrimonial y, en consecuencia, no se anticipe —o se conciba como una posibilidad remota o distante— que en algún momento llegue a exigirse el cumplimiento de lo pactado en el contrato.

Por tal razón, se ha llamado la atención acerca de la necesidad de valorar de manera especial las circunstancias en las que se suscriben los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, particularmente cuando se otorgan antes de la ceremonia nupcial, en las que, se ha dicho, la voluntad puede hallarse

²⁹⁴ El incumplimiento del plazo impuesto en el Código civil catalán parece que no deriva en una simple presunción *iuris tantum* de libertad en la prestación del consentimiento sino que se erige en requisito de validez del pacto. Al parecer, cualquier acuerdo celebrado dentro de ese periodo es nulo y no cabe su subsanación. GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.*, p. 2590; SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *cit.* p. 357.

*“desinformada, mal formada, alterada por inestabilidad psicológica o emocional”.*²⁹⁵

1.3.1 VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

El punto de partida del análisis de los referidos problemas habrá de ser la doctrina clásica de vicios del consentimiento. De entrada, es preciso descartar nuevamente la posibilidad de enmarcarlos dentro del vicio clásico de la intimidación porque es claro que en este supuestos no media una amenaza ilícita que influya en la voluntad contractual.²⁹⁶

Cabría plantearse, no obstante, si en los casos en los que se otorga el consentimiento contractual bajo un estado emocional y psicológico como el antes descrito, podría configurarse los vicios de error o dolo. A tales efectos, en esta etapa, se impone repasar brevemente los presupuestos generales relevantes para la impugnación de la validez de un contrato por dichos fundamentos.

Debe subrayarse, en primer lugar, que no siempre dará lugar a la anulación del contrato que en la decisión de alguno de los contratantes haya mediado un error. El primero de los presupuestos básicos para que el error sea considerado un vicio del consentimiento es el de la *esencialidad*.

El error es *esencial* cuando haya sido determinante de la voluntad del contratante que lo sufre. Así, en lo aquí pertinente,

²⁹⁵ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 57.

²⁹⁶ Véase acápite 1.2.1 de presente capítulo.

el error relevante para el Derecho es el que recae sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo o a celebrarlo en los términos en los que se otorgó.²⁹⁷ En consecuencia, lo fundamental no es tanto cómo se produce el error en cuanto fenómeno psicológico, sino, más bien, el elemento del contrato sobre el cuál incide.²⁹⁸

Por otra parte, el requisito de que el error sea esencial comporta que los hechos erróneamente apreciados por un contratante constituyan presuposiciones fácticas en las que se asienta el contrato y que estas revistan cierta magnitud o importancia.

El segundo presupuesto del error como vicio del consentimiento es la *excusabilidad*. Dicho requisito, que tiene su fuente en las exigencias generales de la buena fe y la autorresponsabilidad, implica que el error no da base a la anulación del contrato cuando pudo haber sido reconocido por quien lo sufrió si hubiese empleado una diligencia normal, adecuada a las circunstancias.²⁹⁹

²⁹⁷ Dicho requisito se recoge expresamente en el artículo 1266 CC, que dispone, en lo pertinente: “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.”

²⁹⁸ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988, pp. 99 y ss.; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos*, cit., pp. 358 a 359; DíEZ-PICAZO, *Sistema*, cit., p. 515.

²⁹⁹ Véase, en general, MORALES MORENO, Antonio Manuel, “De la exclusividad a la imputabilidad en el error”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIX, 1990; VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, “Algunas reflexiones en torno a la exclusividad y reconocibilidad del error en los contratos” en

El error en los motivos —las valoraciones o apreciaciones subjetivas de cada contratante—, se considera jurídicamente irrelevante. Ello responde a la dificultad que plantea conocer cuáles eran si no fueron expresados, ni resultaban cognoscibles para el otro contratante. Además, por razones de seguridad del tráfico jurídico, la fuerza vinculante de un contrato no debe depender de las motivaciones que pudieran impulsar a un contratante a celebrarlo.³⁰⁰

A tenor de los requisitos antes esbozados, no se configura el vicio por causa de error en el supuesto en que se otorga consentimiento a un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial bajo un estado emocional y psicológico como el antes descrito y motivado por la idea optimista de que nunca se reclamará el cumplimiento del contrato.

Dicho problema en la formación de la voluntad contractual también quedaría fuera del reducido ámbito del dolo.³⁰¹ Cuando una parte otorga su consentimiento a un acuerdo bajo las aludidas circunstancias no cabe hablar de una captación ilícita de la voluntad, ni que ha mediado conducta maliciosa de la otra

Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente, Volumen 2, Universidad de Valencia, Departamento de Derecho civil, 1996, pp. 541 a 554.

³⁰⁰ Véase LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos*, cit., pp. 369 a 370; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema*, cit., p. 490; MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Comentario a los arts. 1265-1270 CC”, cit., p. 311.

³⁰¹ A tenor de la descripción del supuesto de dolo que ofrece el artículo 1.269 CC, la conducta antijurídica de un contratante consiste en “*palabras o maquinaciones insidiosas*” y el efecto de esa actuación sobre el otro contratante es que “*es inducido a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*”.

para inducirla a contratar, requisitos de umbral para que se configure el dolo como vicio invalidante del consentimiento.³⁰²

En este ámbito, por tanto, no aplica la doctrina clásica de vicios del consentimiento. Respecto de estas cuestiones resulta interesante examinar tres sentencias españolas. Aunque no se trataba de casos en los que se impugnaban acuerdos en previsión de ruptura matrimonial —toda vez que se analizaba la validez de pactos perfeccionados en el marco de crisis o de separación—, su examen es relevante porque presentan como nota común que abordan el interrogante de si la inestabilidad emocional o psicológica invalida el consentimiento. Por tanto, se trata de una línea jurisprudencial que podría utilizarse analógicamente al analizar los contratos objeto de estudio en el presente escrito.

En el primer caso, la Audiencia Provincial de Zaragoza enjuició la validez de unas capitulaciones matrimoniales que los cónyuges otorgaron con el propósito de adoptar el régimen económico matrimonial de separación.³⁰³ El esposo alegaba que su consentimiento estuvo viciado ya que la esposa *“aprovechando el frágil estado psicológico en que se encontraba, que no le permitía discernir con claridad las consecuencias*

³⁰² Acerca de los requisitos del dolo en el Derecho civil español, véase, MORALES MORENO, Antonio Manuel, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 591 y ss.; VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, “Algunas reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como fuente de responsabilidad precontractual” en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 761 a 768.

³⁰³ SAP Zaragoza 2ª 22. 07. 2008, BDB: 9362/2008.

jurídicas de lo que se le exigía que firmara, lo condujo al despacho de su Letrado y le presionó para que otorgara la escritura a cambio de prometerle reanudar su vida matrimonial.”

En la sentencia se determinó que la amenaza de una separación matrimonial “*escapa de los estrictos márgenes de una amenaza ilícita*”, por lo que no constituyó un supuesto de intimidación. Tampoco medió dolo porque no se demostró que hubiera mediado “*una astucia, falacia o maquinación empleada para defraudar*”. Se concluyó que la crisis depresiva que le fue diagnosticada al esposo carecía de trascendencia jurídica porque no anulaba su capacidad cognitiva y que su estado era una consecuencia ordinaria de cualquier separación, al punto que incluso se indicó —sin que se presentara prueba a tales efectos— que debía “*colegirse que en igual situación de presión psicológica por la crisis matrimonial debió encontrarse la esposa*”.

La Audiencia Provincial de Baleares resolvió el segundo caso al que aludí anteriormente. Los hechos eran los que se reseñan a continuación.³⁰⁴ El esposo cuestionó la validez de un convenio regulador aduciendo que cuando lo suscribió se encontraba “*sumido en una profunda depresión*”. En la sentencia se indicó que, aunque no había precedentes sobre la materia, la depresión no constituía un error invalidante del consentimiento. Se indicó, además, que demandas análogas habían sido rechazadas por las Audiencias Provinciales.³⁰⁵

³⁰⁴ BDB: 12094/2003.

³⁰⁵ SAP Baleares 5ª 16.04. 2003, BDB: 12094/2003. Se le concedió especial énfasis a la resolución de la Audiencia Provincial de Granada de 21 de enero de 1991, corroborada por el Tribunal Supremo, en la que se denegó una

En la sentencia se determinó que la depresión no había anulado, sino únicamente mermado, la capacidad volitiva y decisoria del esposo. Se concluyó que dicha condición suponía tan solo uno más de los múltiples factores que inciden en el obrar de cualquier sujeto cuando consciente a los actos jurídicos en los que interviene.

Por último, en la SAP Ávila 15.12. 2003³⁰⁶ se alegaba la nulidad de un convenio regulador, principalmente por el fundamento de la inestabilidad psicológica y emocional que padecía la esposa como consecuencia de la separación matrimonial. La sentencia concluyó que dicho estado de la esposa no implicó que esta se viese privada de su entendimiento, ni siquiera que se viera obligada a actuar contra su voluntad, pues la intimidación exige que haya mediado amenazas, explícitas o implícitas, y no meramente una situación de tensión familiar.

En la sentencia se indicó, y ello es lo verdaderamente importante, que es *“evidente que todas las separaciones son de una forma u otra traumáticas y causan en casi todos los implicados una situación de trastorno emocional por lo que supone de fracaso en un proyecto de vida común. Ahora, ello no significa que sin una base patológica o sin una previa situación extremadamente grave, debidamente acreditadas, pueda darse por hecho que tal circunstancia pueda anular el consentimiento prestado a la separación y sus consecuencias personales y económicas.”*

petición de nulidad contractual por el fundamento de que uno de los sujetos otorgó su consentimiento contractual en un momento en el que sufría de depresión.

³⁰⁶ BDB: 18347/2003.

Las tres sentencias antes reseñadas son relevantes para ilustrar que si se rechaza la anulación de contratos matrimoniales cuando el estado mental de una de las partes contratantes al otorgar consentimiento es producto de condiciones psicológicas diagnosticadas y acreditadas médicamente, habría que decantarse por idéntica conclusión, *a fortiori*, si se plantea que un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial presenta problemas de consentimiento atribuibles a la emoción, optimismo y excitación que rodea la celebración de un enlace matrimonial.

Una vez se concluye que la doctrina clásica de los vicios del consentimiento tampoco provee remedio en los casos en los que la formación de la voluntad haya estado influenciada por las emociones o la relación personal que vincula a los contratantes, resulta interesante analizar cómo se ha conceptualizado recientemente el problema en los Estados Unidos, ordenamiento en donde, como se indicó anteriormente, más se ha desarrollado el tema de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

1.3.2 ECONOMÍA DEL COMPORTAMIENTO

Cabe destacar que en los Estados Unidos la economía del comportamiento o economía conductual (*“behavioral economics”*) ha comenzado a servir de marco de referencia para analizar al supuesto objeto de estudio en el acápite previo.³⁰⁷

³⁰⁷ La economía del comportamiento, cuya concepción se la atribuye al Profesor Richard H. Thaler de la Universidad de Chicago Booth, estudia cómo los pensamientos y las emociones afectan las decisiones económicas de los individuos. La biografía y el catálogo de publicaciones de Thaler están accesibles en <http://www.chicagobooth.edu/faculty/bio>.

La economía del comportamiento, que cuestiona la asunción del actor racional en la que se basa el Derecho de contratos, se apoya en la teoría de cómo las personas toman decisiones — “*behavioral decision theory*”—, que establece que en determinadas situaciones las personas actúan de forma irracional sistemáticamente.³⁰⁸ Precisamente, uno de los argumentos en los que se fundamenta la concepción que promueve la adopción de normas especiales en el ámbito de los contratos matrimoniales, particularmente los prematrimoniales, se basa en la presuposición de que los futuros cónyuges pueden estar imposibilitados cognitivamente de pactar racionalmente, y a base de un cálculo de interés personal, las consecuencias de una ruptura matrimonial por divorcio. De ahí que, en los últimos años, algunos de los principios básicos de la economía conductual se hayan intentado trasladar al contexto de los acuerdos prenupciales.³⁰⁹ Uno de dichos principios es que los individuos están naturalmente predispuestos al optimismo.³¹⁰ Otro principio es el vinculado a la teoría del encuadre o enmarcado (“*framing or*

³⁰⁸ Véase JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard, “A behavioral approach to law and economics”, 50 *Stanford Law Review*, 1998, pp. 1471 y ss.; HANSON, Jon D. y KYSAR, Douglas A., “Taking behavioralism seriously: some evidence of market manipulation”, 112 *Harvard Law Review*, 1999, pp. 1420 y ss.

³⁰⁹ Véase EISENBERG, Melvin A., “The limits of cognition and the limits of contract”, 47 *Stanford Law Review*, 1995, pp. 254 a 258; SERVIDEA, Karen, “Reviewing premarital agreements to protect the State's interests in marriage”, 91 *Virginia Law Review*, 2005, pp. 541 a 542.

³¹⁰ EISENBERG, Melvin A., *cit.*, pp. 254 a 258; BIX, Brian, *cit.*, p. 195; Developments in the law—The law of marriage and family, marriage as contract and marriage as partnership: The future of antenuptial agreement” (en adelante, “*Developments in the law...*”), 116 *Harvard Law Review*, 2003, p. 2096.

availability heuristic”) —cuya consecuencia principal es la heurística de la disponibilidad (“*the availability heuristic*”) —, que establece que cuando un actor toma una decisión que requiere analizar la probabilidad de que ocurra un evento, lo hace a partir de la información y escenarios comparables que están fácilmente disponibles en su memoria o imaginación. El problema es que la información fácilmente disponible puede que no sea estadísticamente representativa de la probabilidad de que ocurra determinado evento futuro, lo que provoca que frecuentemente las decisiones se tomen irracionalmente.³¹¹

Además, se considera que un individuo racional debe llegar al mismo resultado siempre que considere los mismos factores decisionales, independientemente de la forma en la que estos le sean presentados. Sin embargo, los teóricos de dicha disciplina han hallado evidencia que revela que sistemáticamente la presentación altera las respuestas de los individuos.³¹²

Si los referidos principios de la economía del comportamiento se aplican a los acuerdos en previsión matrimonial habría que concluir que en el momento de su otorgamiento, la información que los futuros cónyuges tienen fácilmente accesible en su memoria invita a un excesivo optimismo acerca del éxito del matrimonio.³¹³ Ello podría causar que la parte que más adelante pudiera verse desfavorecida por el acuerdo acceda a suscribirlo porque subestima la posibilidad de que en el futuro se solicite el

³¹¹ EISENBERG, Melvin A., *cit.*, p. 254.

³¹² Véase KAHNEMAN, Daniel, “Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual”, *Revista Asturiana de Economía*, Nº 28, 2003, pp. 181 a 225.

³¹³ BAKER, Lynn A. y EMERY, Robert E., *cit.*, p. 443.

cumplimiento de sus términos. En estas circunstancias, es probable que no tome decisiones racionales que protejan adecuadamente sus intereses personales. Así, lo que motivaría a otorgar el acuerdo sería el deseo de contraer matrimonio y no la negociación racional.³¹⁴

Una tercera tesis de la economía del comportamiento en la que se ha sustentado la preposición de que los que otorgan estos acuerdos tienden a ser víctimas de límites cognitivos es la que apunta que al tomar decisiones los individuos están predispuestos a conceder un mayor peso a los costes y beneficios presentes que a los futuros.³¹⁵ Ello implicaría que la parte a quien se presente un proyecto de acuerdo en previsión de ruptura matrimonial en el que, por ejemplo, se contemple la renuncia al derecho a solicitar una pensión, le otorgue más peso al coste presente de rechazar el acuerdo prenupcial — consistente, previsiblemente, en que el matrimonio no se celebre— que al coste que en el futuro podría derivarse de la pérdida del beneficio económico anticipadamente renunciado. Dicho de otro modo, dicha teoría se refiere a la tendencia de los individuos a valorar de forma desproporcionadamente alta los bienes que tienen a los que muy probablemente podrían obtener en el futuro.³¹⁶ Así, por ejemplo, las personas podrían valorar mucho más la posibilidad de contraer matrimonio e

³¹⁴ Véase WINER, Edward L., “Introduction to premarital and marital contracts: a lawyer's guide to drafting and negotiating enforceable marital and cohabitation agreements”, *American Bar Association*, 1993, pp. 12 a 13.

³¹⁵ EISENBERG, Melvin A., *cit.*, p. 222.

³¹⁶ SERVIDEA, Karen, *cit.*, p. 549.

iniciar la vida en común que los derechos económicos a los que, en ausencia de pacto, podrían ser acreedores en el futuro.

Lo que ocurre es que dicha misma teoría podría justificar que los contratantes consideren que los derechos por defecto que les reconoce el Estado, siempre que los conozcan, tienen un alto valor y que solo renunciarían a ellos si a cambio reciben una adecuada contraprestación. Además, también puede ocurrir que una parte se niegue a aceptar una propuesta que se aparte de su sentido de lo que es justo, definido en función del valor que le asigne a lo que renunciaría y recibiría si el acuerdo llegara a perfeccionarse.

A mi juicio, el intento de analizar los acuerdos en previsión de ruptura a partir de los principios básicos de la economía del comportamiento presenta, pues, un problema que tiene que ver primordialmente con la idoneidad de la metodología empleada, la que se basa primariamente en sondeos o ejercicios hipotéticos. Esta metodología ignora que las consecuencias de las decisiones que toman los individuos en situaciones reales pueden inducirlos a actuar más racionalmente de lo que lo harían en un escenario ficticio en el que las consecuencias son mínimas.³¹⁷

³¹⁷ Véase, en general, MITCHELL, Gregory, "Why law and economics' perfect rationality should not be traded for behavioral law and economics' equal incompetence", 91 *Georgetown Law Journal*, 2002, p. 114; POSNER, Richard, "Rational choice, behavioral economics, and the law", 50 *Stanford Law Review*, 1998, p. 1570; SCOTT, Robert E., "Error and rationality in individual decision-making: An essay on the relationship between cognitive illusions and the management of choices", 59 *South California Law Review*, 1986, p. 338.

Así pues, muchos de los hallazgos acerca del optimismo con que los cónyuges entran en el matrimonio están basados en sondeos cuyas respuestas no tienen implicaciones para sus participantes. Por el contrario, un individuo que otorga un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial sabe, o debe saber, que habrá de afrontar las consecuencias reales de su decisión, por lo que presumiblemente habrá de adoptar una posición más realista en cuanto al posible éxito del matrimonio y a la probabilidad de que ocurra una ruptura.

En mi opinión, los escasos estudios que, hasta la fecha, se han realizado en los Estados Unidos para analizar los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial a la luz de la economía conductual son de valor un tanto cuestionable en lo que respecta a predecir la conducta de los futuros cónyuges en un escenario real.

Con todo, el análisis de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial a partir de la referida disciplina constituye una forma adicional de poner de relieve, pero a partir de una perspectiva extrajurídica, los interrogantes acerca de si es posible que los contratantes actúen racionalmente en este ámbito.

A mi modo de ver, si se parte de la admisibilidad de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial hay que presuponer que, por ser otorgados antes de celebrado el matrimonio o en situación de normalidad matrimonial, la formación de la voluntad frecuentemente puede verse afectada por múltiples influencias externas como, por ejemplo, los sentimientos y la relación de confianza que vincula a los

cónyuges. Después de todo, se trata de condicionantes psicológicos, económicos, sociales que inciden en el obrar de cualquier sujeto. En la formación de la voluntad inevitablemente influyen múltiples elementos que, probablemente, de no haber existido hubiesen podido desembocar en decisiones diferentes.

En cualquier caso, a mi juicio, en estos casos la influencia que pueden ejercer las emociones puede tener menor impacto en la formación de la voluntad contractual si se adoptan cautelas especiales que confieran a los contratantes un mayor espacio de reflexión y ponderación y les permita obtener información de las diversas consecuencias del acuerdo.

2. CAUTELAS PRECONTRACTUALES ESPECIALES

2.1 ACOTACIONES INICIALES

Ha quedado demostrado que las doctrinas clásicas del Derecho general de contratos no proveen remedio a los problemas particulares que pueden producirse en la etapa previa al otorgamiento de un acuerdo en previsión de ruptura contractual. En consecuencia, ha surgido la necesidad de plantearse la conveniencia de adoptar cautelas procedimentales especiales *ex ante*.

A tales efectos, los ordenamientos que admiten los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial presentan como nota común que exigen el cumplimiento de cautelas precontractuales especiales. A pesar de que son variables según los ordenamientos, merece la pena analizar dos de ellas, que

presentan reiteración bajo diversas formulaciones: (i) que los contratantes tengan la oportunidad de obtener asesoramiento legal y (ii) que estos se proporcionen recíprocamente información acerca de su situación económica y patrimonial.

El fundamento principal que se ha esbozado para la adopción de este tipo de cautelas procedimentales es que contribuyen a asegurar el libre concurso de voluntades y a prevenir los ya discutidos efectos resultantes de los problemas de los que pueden ser víctimas las partes que perfeccionan un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.³¹⁸

A mi juicio, si se examinan detenidamente, dichas cautelas más bien responden a ciertos estándares de *fairness* que abordan una dimensión de la voluntad contractual que va más allá de la doctrina tradicional de los vicios del consentimiento. Se requiere, pues, que el consentimiento, además de libre y voluntario, también sea informado.³¹⁹ Dichos estándares constituyen un *plus* que se ha ido reconociendo con respecto a los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial con el fin primordial de que, con anterioridad al otorgamiento del contrato, los contratantes tengan conocimiento de circunstancias relevantes de hecho y de Derecho.

Por otra parte, el que un acuerdo se otorgue en un escenario en el que se cuide muy especialmente el periodo contractual puede servir a otros propósitos. Por ejemplo, al igual que las

³¹⁸ DETHLOFF, Nina, *cit.*, pp. 87 a 88.

³¹⁹ De hecho, en los Estados Unidos, la exigencia de cumplimiento de los referidas cautelas procedimentales *ex ante* se enmarca comúnmente en lo que se ha denominado "*procedural fairness*". Véase SILBAUGH, Katharine B., *cit.* p. 74.

restricciones temporales antes discutidas, puede evitar el uso de tácticas de negociación que, aunque pudiesen considerarse aceptables entre extraños, se ubican fuera de los límites sociales aceptables en el contexto de la negociación entre esposos o futuros esposos. Además, puede conducir a decisiones más ponderadas, lo que es probable que resulte, a su vez, en términos contractuales más equitativos para ambas partes, lo que reduciría la necesidad de control y revisión judicial posterior.³²⁰

Antes de analizar las referidas cautelas, en este punto resulta pertinente analizar el tema de las formalidades de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial por estar estrechamente relacionado con aquellas.

2.2 REQUISITOS DE FORMA

El principio espiritualista de libertad o consensualidad del contrato, a tenor del cual un contrato es válido cualquiera que sea la forma en que se exprese la voluntad contractual, es el imperante en los ordenamientos jurídicos occidentales. Sin embargo, para ciertos actos y contratos se exige el cumplimiento de requisitos formales con valor de solemnidad (forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam*).³²¹ Una cuestión fundamental es si ello se requiere como condición para la validez de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

³²⁰ DETHLOFF, Nina, *cit.*, pp. 87 a 88. Véase, además, EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria”, *cit.*, p. 4556.

³²¹ Véase DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema, cit.*, pp. 407 a 409.

Una vez se plantea que, en atención a sus características singulares, los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial deben ser beneficiarios de un trato particular, ello se traduce en la introducción de diversos límites a la autonomía privada de las partes por medio de normas no disponibles que regulan determinados aspectos de los acuerdos. Entre estas medidas se destaca el formalismo.³²²

Así, los ordenamientos que admiten los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, de ordinario, sujetan la validez de estos a que se cumplan especiales requisitos de forma. En el Derecho estadounidense norteamericano, el formalismo es una característica común de los acuerdos prematrimoniales, Así, por ejemplo, un número considerable de jurisdicciones de los Estados Unidos exigen la forma escrita para los acuerdos matrimoniales, lo que constituye una excepción a la norma general aplicable a otros contratos.³²³ Las legislaciones modelo estadounidenses —las secciones 2, 6 y 7.04 (1) de la *UPAA*, la *UPMAA* y los *ALI Principles*, respectivamente—, establecen que un acuerdo prematrimonial o matrimonial debe constar por escrito y ser firmado por ambas partes. Asimismo, un grupo

³²² CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *cit.*, p. 10.

³²³ Véase, por ejemplo, Arizona: Rev. Stat. § 25; Arkansas: Code §§ 9-11-401 *et seq*; California: Family Code § 1600 *et seq*; Hawaii: Rev. Stat. §§ 572D-1 *et seq*, Idaho: Code § 32-917; Kansas: Stat. §§ 23-801 *et seq*; Louisiana: Civil Code art. 2331; Maine: Rev. Stat. tit. 19A, §§ 601 *et seq*; Massachusetts: Gen. Laws ch. 209, § 25; Minnesota: Stat. § 519.11; Missouri: Stat. § 451.220; Montana: Code §§ 40-2-601 *et seq*; Nevada: Rev. Stat. § 123.270; New Jersey: § 37:2-33; New Mexico: Stat. § 40-2-4; New York: Dom. Rel. Law § 236(B)(3); North Carolina: Gen. Stat. §§ 52B-1 *et seq*; North Dakota: Century Code §§ 14-03.1-01 *et seq*; Oregon: Rev. Stat. §§ 108.700 *et seq*; Rhode Island: Gen Laws §§ 15-17-1 *et seq*; Texas: Family Code § 4.001 *et seq*; Virginia: Code §§ 20-147 *et seq*; Wisconsin: Stat. § 766.58(1).

notable de ordenamientos estadounidenses, también apartándose de la norma general del Derecho de contratos, requiere que las partes firmen el acuerdo frente a un notario o funcionario autorizado (“*acknowledgment*”).³²⁴

En el Derecho europeo, la norma prevaleciente es que los contratos matrimoniales en los que se establezca el régimen matrimonial deben constar en documento público. Este es el caso, por ejemplo, en Bélgica, Francia, Alemania, Portugal y España.³²⁵ Sin embargo, la norma no parece tan clara cuando se trata de un pacto en previsión de ruptura matrimonial, como queda ejemplificado con el debate sobre el particular que existe en la doctrina española.

La posición doctrinal mayoritaria en España es que, ante la ausencia de regulación legal especial, los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial están sujetos al principio de libertad de forma reconocido en el artículo 1.278 del Código civil.³²⁶ Por

³²⁴ Algunos estados que requieren dicho requisito de forma son Arizona, Arkansas, California, Idaho, Montana y New Mexico. Cabe señalar que en la abrumadora mayoría de los estados no se requiere la inscripción de estos contratos, salvo que sus términos incluyan transferencias patrimoniales, en cuyo caso deben inscribirse en el registro de la propiedad. LINDEY, Alexander y PARLEY, Louis J., *cit.*, § 110.64. Sin embargo, una novedad de la *UPMAA, cit.*, es que en su sección 6 establece el requisito de inscripción.

³²⁵ BOELE-WOELKI, Katharina, BRAAT, Bente y CURRY-SUMNER, *Property relations, cit.*, pp. 1175 a 1181. En los países nórdicos solo se requiere que el acuerdo sea por escrito, firmado por ambos esposos y por los testigos. Así, por ejemplo, este es el caso en Suecia y Noruega. DETHLOFF, Nina, *cit.*, pp. 74 a 75. En otros ordenamientos, como Dinamarca, Suiza y Finlandia se requiere, además, que estos contratos se inscriban en un registro público. *Ibidem.*

³²⁶ Véase REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *cit.*, p. 742. Existen una serie de pactos cuyo contenido, por exigencia legal, requieren una forma *ad substantiam*, debiendo constar en escritura pública bajo sanción de invalidez.

obvias razones de seguridad jurídica, no quita que sea recomendable que el acuerdo se formalice en una escritura pública, pero ello no constituiría requisito formal para su validez.³²⁷

Otro interrogante en este ámbito es si los pactos en previsión de ruptura matrimonial pueden incluirse en una escritura pública de capitulaciones matrimoniales. La doctrina española ha venido aceptando la escritura de capitulaciones matrimoniales como un instrumento idóneo para albergar este tipo de pactos, presumiblemente por este constituir el medio por excelencia a través del cual tradicionalmente se ha canalizado la autonomía privada en materia de pactos sobre régimen matrimonial y post-matrimonial.³²⁸

Cabe destacar que el Código civil catalán, único texto legislativo en Europa que explícita y detalladamente regula los pactos en previsión de ruptura matrimonial, establece que los mismos “*se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en una escritura*

Entre estos se encuentran los acuerdos relativos a la fijación, modificación, o sustitución del régimen económico matrimonial y las donaciones *propter nuptias* de bienes inmuebles. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales”, *cit.*, p. 1660 y PINTO ANDRADE, Cristóbal, *cit.*, p. 58.

³²⁷ GARCÍA RUBIO y PINTO ANDRADE, *ult. cit.*, al referirse a la libertad formal en este ámbito, indican que estos acuerdos no tienen que necesariamente constar en escritura pública, ni siquiera en documento público, aunque ello ciertamente le confiere mayor fuerza probatoria y acceso directo al registro de la propiedad.

³²⁸ GINES CASTELLET, Núria, *cit.*, p. 2593. Algunos autores rechazan que en la escritura de capitulaciones matrimoniales quepa este tipo de pacto. Véase AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *cit.*, p. 1526 y CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *cit.*, p. 1.

pública” (art. 231-20.1).³²⁹ Con esta expresión se ha querido poner de manifiesto que estos pactos no tienen por qué estar contenidos en una escritura pública de capitulaciones matrimoniales. En cualquier caso, sin embargo, deben ser suscritos en escritura pública como requisito de validez y eficacia.³³⁰

No extraña, pues, el formalismo del Derecho catalán, en consonancia con lo que es la norma general en el Derecho europeo con respecto a los negocios jurídicos de familia.³³¹

A mi modo de ver, en atención a la particular relación entre los contratantes, a las circunstancias en las que estos contratos se perfeccionan y a su contenido ordinario, la escritura pública constituye el cauce más adecuado para formalizar los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. La forma pública debe exigirse con carácter constitutivo e independientemente de cuáles sean las materias sobre las que pacten los contratantes. Ello comportaría que el incumplimiento de la forma requerida se traduzca en la nulidad del contrato.

³²⁹ Véase EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria”, *cit.*, p. 4562.

³³⁰ Como recalca GINÉS CASTELLET, dicha conclusión también se desprende del preámbulo del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, el que establece que entre los requisitos formales y sustantivos para que los pactos en previsión de ruptura matrimonial sean plenamente válidos y eficaces se destaca “la posibilidad de adoptarlos en una escritura que no sea capitular”. GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.*, p. 2593. De hecho, en una sentencia reciente del TSJ de Cataluña (RJ 8894/2012) se resolvió, en el contexto normativo anterior a la aprobación del Libro Segundo del Código civil catalán, que solo era posible el otorgamiento válido y eficaz de los pactos en previsión de ruptura matrimonial que constaran en capítulos matrimoniales y, por tanto, en escritura pública con carácter constitutivo.

³³¹ CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *cit.*, p. 10.

Un análisis de los requisitos de forma que se exigen en diversos ordenamientos como condición para la validez de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial revela, en primer lugar, que cumplen el objetivo usual de proveer constancia fehaciente y auténtica de estos acuerdos y de proporcionar una mejor prueba de su existencia. No obstante, dicho tipo de exigencias también responden al interés en que la volición negocial venga precedida de un mayor espacio de reflexión y ponderación. Se trata, pues, de una forma de hacer presente a los contratantes la importancia y trascendencia del contrato al que otorgarán su consentimiento.³³²

2.3 ASESORAMIENTO LEGAL PREVIO

2.3.1 PLANTEAMIENTO

Una de las cautelas precontractuales especiales a las que hice referencia anteriormente es que los contratantes tengan la oportunidad de obtener asesoramiento legal antes de otorgar un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.

El cumplimiento de dicho requisito constituye una condición esencial para la validez de los acuerdos matrimoniales en algunas jurisdicciones del *Common Law*.³³³ Sin embargo, en los Estados Unidos es donde dicho requisito se ha generalizado.³³⁴

³³² EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria”, *cit.*, p. 4562.

³³³ En jurisdicciones como Australia, Irlanda, Nueva Zelanda se establece dicho requisito. DETHLOFF, Nina, *cit.*, pp. 88 a 89.

³³⁴ LINDEY, Alexander y PARLEY, Louis J., *cit.*, § 110.91.

El argumento principal que tradicionalmente se aduce para justificar el referido requisito, que se aparta de la dogmática general de la formación de los contratos, es que con ello se garantiza que las partes otorguen su consentimiento libre y voluntariamente. Dicha concepción se refleja, por ejemplo, en la *UPMAA* que establece que un acuerdo matrimonial es ineficaz si la parte que se opone a su cumplimiento demuestra, entre otras cosas, que no tuvo acceso a asesoramiento legal independiente.³³⁵ Por su parte, los *ALI Principles* establecen en la sección 7.04 (3) una presunción *iuris tantum* de que el acuerdo matrimonial fue perfeccionado voluntariamente y sin que hubiese mediado intimidación si se demuestra, entre otros requisitos, que las partes tuvieron la oportunidad de obtener asesoramiento legal.³³⁶

Alguna jurisprudencia española revela indicios de dicha concepción. Así, por ejemplo, las tres sentencias españolas analizadas en la sección 1.3.1 del presente capítulo, la intervención de abogados durante el proceso de formación de los contratos matrimoniales fue un hecho al que se le concedió un peso considerable para concluir que estos habían sido otorgados “voluntariamente”. Algún sector de la doctrina

³³⁵ Sección 9 de la *UPMAA*, *cit.* Una de las excepciones a este requisito es que el acuerdo explique en lenguaje simple los derechos y obligaciones modificados o renunciados en virtud del acuerdo. *Ibidem.*

³³⁶ La sección 7.04 (3) de los *ALI Principles* también se aparta de otro principio básico del Derecho de contratos, a saber, el que establece que la carga de probar que el consentimiento no fue otorgado libremente o que estuvo viciado recae en quien impugna la validez de un contrato. De ordinario, no le corresponde al que pretende que se declare la validez y eficacia de un contrato demostrar positivamente que el mismo se otorgó voluntariamente.

española se decanta por igual conclusión.³³⁷ Por ejemplo, ANGUIITA VILLANUEVA sostiene que la inexistencia de asesoramiento legal previo “*será uno de los indicios probatorios que tendrá a su disposición el juez para apreciar la existencia o no de un vicio del consentimiento.*”³³⁸

A mi modo de ver, el asesoramiento legal no constituye una garantía de que el consentimiento se otorgó voluntariamente y sin que hubieran mediado vicios del consentimiento. Dicha cautela verdaderamente sirve a otro objetivo, uno que va más allá de la doctrina tradicional de los vicios del consentimiento, a saber: que el consentimiento otorgado por las partes sea informado, ello como parte del conjunto de estándares —que, como indiqué, pueden enmarcarse bajo el concepto de “*fairness*”—, que progresivamente se han ido adoptando en el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Además, el requisito de asesoramiento legal también puede reforzar la seguridad jurídica de estos contratos y propiciar la toma de decisiones económicamente más racionales.

³³⁷Resulta pertinente indicar que se ha dicho que la anulación de capitulaciones matrimoniales por el fundamento de vicios del consentimiento “*es escasa en la práctica, tal vez, porque la intervención de un fedatario público que comprueba la identidad de las personas (su edad) y afirma que, a su juicio tienen capacidad legal y explica, como exige el reglamento notarial, en qué consiste el acto que se otorga y cuáles son sus consecuencias, evita que los litigios por estas causas prosperen.*” BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, “Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes”, *Nulidad: estudios sobre invalidez e ineficacia*, Número 2, 2006, p. 1150.

³³⁸ ANGUIITA VILLANUEVA, Luis A., “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los EE.UU. de América a la realidad española” en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos familiares*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 317.

Así concebido, me parece conveniente y deseable adoptar el requisito de asesoramiento legal, pero sin negar que ello ciertamente pueda complicar la negociación y comportar un coste que encarezca la celebración de acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.³³⁹

2.3.2 ALCANCE DEL REQUISITO DE ASESORAMIENTO LEGAL

Uno de los interrogantes fundamentales que surge en este ámbito es sobre qué asuntos es preciso que los contratantes sean asesorados legalmente.

Naturalmente, cada contratante, si así lo considera necesario, puede acudir a un profesional del Derecho para que le asesore sobre el tipo de contrato matrimonial, o de las cláusulas contractuales que pueda contenerse en este, que más favorecería sus intereses individuales.

No obstante, el establecimiento de este tipo de requisito precontractual de información, del que dependa la validez del acuerdo, debe circunscribirse a una prestación más elemental, esto es, la de *informar*. Opino que no debe concebirse como un requisito de representación formal de los intereses particulares de una de las partes.

Dicha postura es la que, por ejemplo, adopta el Código civil catalán, que viene a imponer el deber de asesoramiento en el notario que autoriza la escritura pública que contenga el

³³⁹ DETHLOFF, Nina, *cit.*, p. 74.

acuerdo en previsión de ruptura matrimonial. Así, establece concretamente que el asesoramiento implica *informar* sobre los cambios que el pacto pretende introducir en el régimen legal supletorio y del deber recíproco de las partes de suministrarse información sobre su situación económica y patrimonial (art. 231-30.2 CCCat). La presencia del notario facilita, pues, que este requisito de asesoramiento únicamente tenga carácter informativo.

Por otro lado, los *ALI Principles* establecen el requisito de que las partes tengan la oportunidad de obtener asesoramiento legal que, al parecer, también tiene únicamente una finalidad informativa. Ello es así porque establece que aun cuando se incumpla con dicho requisito, el acuerdo se presumirá válido si en el mismo se establece expresamente, en un lenguaje claro y fácilmente entendible para una persona de inteligencia ordinaria sin conocimiento legal, la naturaleza de los derechos por defecto que se verían afectados con el acuerdo.³⁴⁰

Ahora bien, el análisis del alcance del requisito de asesoramiento legal no se agota con las acotaciones antes

³⁴⁰ La sección 7.04 (3) de los *ALI Principles* establece que “*a premarital agreement is rebuttably presumed to satisfy the requirements of Paragraph (2) [that the other party’s consent was informed and not obtain under duress] when the party seeking to enforce the agreement shows that...both parties were advised to obtain independent legal counsel, and had reasonable opportunity to do so, before the agreement’s execution; and, in the case of agreements concluded without the assistance of independent legal counsel for each party, the agreement states, in language easily understandable by an adult of ordinary intelligence with no legal training, (i) the nature of any rights or claims otherwise arising at dissolution that are altered by the contract, and the nature of that alteration, and (ii) that the interests of the spouses with respect to the agreement may be adverse.*”

esbozadas. El tema requiere abordar la diferente dimensión que dicho requisito adquiere en los ordenamientos con sistemas notariales de tipo latino *vis a vis* los sistemas notariales anglosajones.

En el sistema anglosajón, imperante en los Estados Unidos, cualquier persona, independientemente de su preparación profesional, puede ejercer la función de notario, la que se limita al acto de legitimación de firmas.³⁴¹ Por tanto, el notario anglosajón no asesora legalmente a quienes solicitan sus servicios.³⁴²

Por el contrario, como es sabido, el sistema notarial de tipo latino, que siguen la mayoría de los países europeos, difiere significativamente del sistema notarial anglosajón en lo referente a la función y al carácter de la actuación del notario.³⁴³

³⁴¹ Véase MALAVET, Pedro, *cit.*, p. 389; BAKER, Stewart y BARASSI, Theodore, *cit.*, p. 1; TIRADO, Armando J., *cit.*, p. 171.

³⁴² De hecho, en los Estados Unidos se prohíbe que los notarios proporcionen consejo no autorizado a quien solicita sus servicios. Véase *The Notary Public Code of Professional Responsibility, Guiding Principles VI* (National Notary Association, 1998).

³⁴³ Véase, GARCÍA MÁ, Francisco Javier, “El notariado español en la Unión Europea”, *La Notaría*, Número 34, 2006, p. 62; GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto, *La función del notario en la Unión Europea*, Colegios Notariales de España, 1999, p. 61; MALAVET, Pedro, “A counsel for the situation: The Latin notary, a historical and comparative model”, 19 *Hastings International and Comparative Law Review*, 1996, p. 389; BAKER, Stewart y BARASSI, Theodore, “The international notarial practitioner”, 24 *International Legal News*, 1995, p. 1; TIRADO, Armando J., “Notarial and other registration systems”, 11 *Florida Journal of International Law*, 1996, p. 171.

Aunque el rol, la formación y las responsabilidades del notario varían dependiendo del sistema de que se trate, los notarios europeos son profesionales del Derecho altamente cualificados. El notario debe conocer la voluntad de las partes, darle forma jurídica e informarle acerca del alcance jurídico de la operación. En caso de duda sobre la legalidad de esta o sobre la voluntad real de una de las partes, el notario debe advertirlo y, en su caso, abstenerse de actuar.³⁴⁴

Dicha labor de asesoramiento proporciona un claro beneficio para los otorgantes, particularmente para el más débil. En ese sentido, es interesante remarcar que existen sistemas en los que la ley establece que los notarios tienen la obligación de cerciorarse de que las partes inexpertas o poco sofisticadas no se encuentren en una posición de desventaja. Asimismo, se impone al notario un deber especial de información para el caso de existir entre las partes una desigualdad de conocimientos jurídicos o cuando se trate de condiciones generales de la contratación impuestas por una parte a la otra.³⁴⁵ En estos casos, el notario debe insistir en informar a la parte más débil sobre las cláusulas propuestas por la otra.

Un buen ejemplo de los principios antes esbozados se deriva del artículo 147 del Reglamento Notarial de España, que establece, en lo pertinente, *“sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra”*. Además,

³⁴⁴ GARCÍA MÁS, Francisco Javier, *cit.*, p. 61.

³⁴⁵ Véase GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto, *cit.*, p. 159.

establece que el notario “*prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella*”.

Si dichos principios se trasladan al contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial habría que concluir que en el mundo anglosajón cuando se requiere la intervención de un notario en el proceso de otorgamiento de los mismos, su función, obviamente, se circunscribe a la legitimación de firmas. Por tanto, el contratante interesado en obtener información acerca de las consecuencias jurídicas del acuerdo deberá acudir a un abogado.³⁴⁶

No obstante, en los países europeos en atención a que se exige que los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial consten en escritura pública, ello necesariamente implica que en su otorgamiento siempre intervendrá al menos un profesional del Derecho. En consecuencia, el cauce formal requerido para la validez del acuerdo es una vía a través de la cual los contratantes obtendrían la información jurídica relevante.

Por tanto, en los ordenamientos con sistemas notariales de tipo latino la función de asesoramiento puede ser ejercida por el notario que autorice la escritura que contenga el acuerdo en

³⁴⁶ Una novedad de la UMPAA es que en su sección 9(f) establece que el acuerdo debe contener la siguiente información: “*If you sign this agreement, you may be: Giving up your right to be supported by the person you are marrying or to whom you are married. Giving up your right to ownership or control of money and property. Agreeing to pay bills and debts of the person you are marrying or to whom you are married. Giving up your right to money and property if your marriage ends or the person to whom you are married dies. Giving up your right to have your legal fees paid.*”

previsión de ruptura matrimonial.³⁴⁷ Reitero que dicha función de asesoramiento únicamente tendría una dimensión informativa. En tal sentido, debo insistir en la diferencia entre informar y la de dar consejo al cliente que solicita los servicios del notario. El deber de informar al cliente es una consecuencia necesaria del mandato de que escribire un negocio jurídico bilateral.³⁴⁸ En dicho caso el notario no defiende los intereses individuales de las partes. De ahí que tenga el deber de actuar imparcialmente. En consecuencia, no podría brindarles consejo a menos que se trate de una materia de interés común a las partes.³⁴⁹

a) Requisito de que el asesoramiento sea independiente

Como indiqué anteriormente, el requisito de que con anterioridad al otorgamiento de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial las partes hayan tenido oportunidad de

³⁴⁷ Véase GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.*, p. 2595. De hecho, en la mayoría de los sistemas de tradición romanista y de cultura jurídica germánica usualmente se requiere que cualquier acuerdo suscrito entre los cónyuges o los futuros cónyuges sea otorgado ante notario. Como consecuencia, es frecuente que los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial estén contenidos en documento público. Véase DETHLOFF, Nina, *cit.*, pp. 88 a 89.

³⁴⁸ Véase, en general, KRALIK Winfried, "El deber de informar del notario", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 22, 1980, pp. 9 y ss.

³⁴⁹ Resulta oportuno subrayar que únicamente he hecho referencia a los deberes mínimos con los que tiene que cumplir el notario para que se entienda que se cumple con la aludida cautela precontractual. Ello, sin dejar de reconocer que en determinados casos será deseable que el notario además ejerza funciones de consejo y de representación de los intereses de quien solicite sus servicios. De hecho, cuando al notario se le encomienda formalizar un negocio unilateral sí puede asesorar y en efecto es común que lo haga.

obtener asesoramiento legal se ha generalizado en los Estados Unidos. Es interesante que a dicho requisito con frecuencia se le añade, como cautela adicional, que el asesoramiento sea “independiente”.

Dicho requisito tiene también implicaciones diferentes según la cultura jurídica y el sistema de garantías cautelares dominantes en el ordenamiento bajo el cual se celebra el contrato.

Así, la forma de cumplir con la referida exigencia no presenta mayores complejidades doctrinales —si acaso de prueba— en países carentes de tradición notarial pues simplemente es preciso demostrar que antes del otorgamiento del acuerdo cada parte tuvo la oportunidad de consultar a un abogado. Por ejemplo, la sección 7.04 de los *ALI Principles* establece que uno de los factores para considerar presuntivamente que el acuerdo ha sido libremente adoptado es cada una de las partes tuvo la oportunidad de consultar a su propio abogado. Ello se requiere con la finalidad de garantizar que ambos otorgantes tuvieran la oportunidad de informarse acerca de las implicaciones del acuerdo respecto al régimen que sería aplicable por defecto y las consecuencias de las renunciaciones a determinados derechos.

En los países con sistema notarial de tipo latino se podría requerir lo mismo, que cada parte tuviera la oportunidad de consultar separadamente a un profesional del Derecho. De hecho, aunque es una práctica poco común, en el proceso de otorgamiento de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial podrían intervenir dos notarios nombrados por cada una de las partes. Esta es una práctica que se sigue, por ejemplo, en Francia y Bélgica, aunque al final es un solo notario

el que autoriza el documento.³⁵⁰ En esos casos se ha apuntado la conveniencia de que en el acuerdo incluso se haga mención de que ambas partes han recibido asesoramiento independiente, que se indique la identidad de los notarios y que estos firmen el documento.³⁵¹

A mi modo de ver, sin embargo, el requisito de que el asesoramiento legal sea “independiente” puede estar presente aun en los casos en los que el notario que autoriza la escritura sea quien ejerza la función de asesoramiento, siempre que no se pierda de vista cuál es el alcance del requisito de asesoramiento legal. Dicha opción evita duplicación de costes y requiere menos tiempo.

Ahora bien, en caso de que la labor de asesoramiento recaiga en el notario que autoriza la escritura pública parece razonable requerir que informe a las partes contratantes por separado. Dicha cautela adicional satisfaría el requisito de que el asesoramiento sea “independiente”. Ciertamente esta norma se aparta de la forma tradicional del ejercicio del notariado y constituye un *plus* excepcional respecto del deber del notario de cumplir con su obligación de informar a las partes contratantes. No obstante, se trata de una opción más práctica y menos costosa de cumplir con el objeto del requisito de que el asesoramiento legal que reciban los contratantes que otorgan un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial sea independiente.

³⁵⁰ GARCÍA MÁS, Francisco Javier, *cit.*, p. 60.

³⁵¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *cit.*, p. 26.

El Código civil de Cataluña precisamente incorpora la referida previsión. Así, el artículo 231-20.2 del Código civil catalán requiere al notario que asesore *por separado* a cada una de las partes antes del otorgamiento de una escritura que contenga pactos en previsión de ruptura matrimonial.

Con respecto al lapso temporal que debe transcurrir entre el asesoramiento del notario a cada parte, a mi juicio, debe aplicarse un criterio de razonabilidad en atención a la complejidad de lo que se pretende pactar. En la medida en que la labor de asesoramiento debe llevarse a cabo de forma individualizada, SERRANO DE NICOLÁS, a mi entender con buen criterio, aconseja que *“pueda ser en días diferentes —incluso con días de por medio para la reflexión individualizada— y no como acto inmediato anterior a la firma de ellos”,* ya que *“la unidad de acto es para la firma, pero para el asesoramiento bien puede decirse que además de lo individualizado convendría que fuese distanciado, para un mínimo espacio temporal de reflexión”*.³⁵²

2.3.3 CONSECUENCIA DE LA INOBSERVANCIA DEL REQUISITO DE ASESORAMIENTO LEGAL

Con respecto a las consecuencias de la inobservancia del requisito de asesoramiento legal, sirve como buen punto de partida examinar la solución que a este problema se ha dado en ordenamientos en los que se admiten los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

³⁵² SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *cit.*, p. 361.

De ordinario, en los Estados Unidos, la inobservancia del requisito de asesoramiento legal independiente no necesariamente comporta la invalidez o ineficacia del contrato.³⁵³ El acceso a asesoramiento se considera uno de los diversos factores que los tribunales deben tomar en cuenta en los casos en los que se cuestiona si el acuerdo fue otorgado voluntariamente. Así pues, si una o ambas partes no tuvieron oportunidad de obtener asesoramiento legal independiente, el mantenimiento de la validez del acuerdo suele depender de que el tribunal concluya que sus cláusulas podían ser comprendidas por una persona de inteligencia ordinaria³⁵⁴

Como indiqué anteriormente, los *ALI Principles* establecen el requisito de asesoramiento legal. Sin embargo, en lugar de establecer las consecuencias de la inobservancia del requisito, indican, de entrada, que su cumplimiento activa una presunción *iuris tantum* de que el acuerdo fue suscrito voluntariamente. Si, por el contrario, una de las partes no contó con asesoramiento legal independiente, la validez del acuerdo se condiciona a que este expresara, en un lenguaje claro, las reglas por defecto aplicables en ausencia de pacto y la consecuencia de la renuncia de derechos contenidos en el mismo.³⁵⁵

³⁵³ En otras jurisdicciones del *common law* como, por ejemplo, Australia, Inglaterra y Wales, el requisito de asesoramiento legal independiente no es determinante para la validez de un acuerdo matrimonial Véase BOELE-WOELKI, Katharina, BRAAT, Bente y CURRY-SUMNER, *Property relations, cit.*, p. 1776.

³⁵⁴ Véase, por ejemplo, *Gant v. Gant*, 329 S.E.2d 106 (W. Va. 1985).

³⁵⁵ Por el contrario, la *UPAA* no requiere como requisito para la validez de los acuerdos prenupciales que se demuestre que las partes contaron con asesoramiento independiente o tuvieron la oportunidad razonable de obtenerla.

Por su parte, la sección 4(a) (2) de la *UMPAA* establece que un acuerdo matrimonial es ineficaz si una de las partes no tuvo acceso a representación legal independiente. Establece, además, que se puede prescindir del requisito de asesoramiento legal independiente si el acuerdo explica en lenguaje simple los derechos y obligaciones modificados o renunciados en el acuerdo.³⁵⁶

Por otro lado, cabe mencionar que la *Law Commission* inglesa, no solo propone que se adopte el requisito de asesoramiento legal sino que, además, establece que su incumplimiento afecta la validez y eficacia del acuerdo. A tales efectos indica que “*a marital property agreement should not be treated as such against a party who did not receive legal advice at the time when it was formed*”.³⁵⁷

Por otra parte, es interesante que 231-20.2 del Código civil catalán establece el requisito de asesoramiento legal, así como su alcance, pero guarda silencio con respecto a la consecuencia de su incumplimiento.

A mi juicio, el incumplimiento del aludido requisito —o incluso la renuncia a ser asesorado legalmente— no debe ser causa de invalidez o ineficacia del acuerdo. Ello solo debería tener efectos con respecto a la carga de la prueba. Ello implicaría que en caso de que se cuestione si se cumplió dicho requisito o si es válida una renuncia al derecho que se tiene a obtener

³⁵⁶ Véase *Del Vecchio v. Del Vecchio*, 143 So.2d 17 (Fla. 1962).

³⁵⁷ Véase “Marital property agreements (pre-nuptial and post-nuptial agreements)”, Consultation Paper, Law Commission, *cit.*, p. 137.

información, quien pretenda que se dé eficacia al acuerdo tendrá que demostrar que en efecto la otra parte fue asesorada legalmente, que tenía conocimiento de la información en cuestión o que el acuerdo establecía de forma clara las consecuencias de los derechos por defecto y de las renunciaciones contenidas en el mismo.

Ahora bien, debe quedar claro que en los ordenamientos europeos siempre que la ley exija que un contrato conste en escritura pública, el incumplimiento de este requisito formal determina la nulidad del contrato, pero el acuerdo sería nulo no ya por falta de asesoramiento, sino por tratarse de la sanción procedente por la omisión de una forma solemne.

3. REVELACIÓN DE INFORMACIÓN ECONÓMICA

3.1 PLANTEAMIENTO

Teniendo en cuenta las características de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, también debe plantearse si la ley debe exigir como cautela precontractual que las partes se proporcionen recíprocamente información acerca de su situación económica y patrimonial.

Dicho requisito, al igual que el de asesoramiento legal independiente, se ha justificado comúnmente a partir del argumento de que su cumplimiento asegura la formación de una voluntad libre.³⁵⁸ No obstante, a mi juicio, el cumplimiento del

³⁵⁸ Véase, por ejemplo, MARSTON, Allison A., *cit.*, p. 911.

aludido deber de información no siempre garantiza la consecución de dicho objetivo.

Dicho deber, unido a la exigencia de que las partes tengan la oportunidad de obtener asesoramiento legal, en realidad sirve al objetivo fundamental de que el consentimiento contractual sea informado y acorde con las legítimas expectativas recíprocas de las partes.

El deber de información durante la etapa precontractual — basado en principios de contenido ético como la buena fe, la lealtad, la honestidad y la sinceridad— intenta evitar que una de las partes otorgue su consentimiento desconociendo cuestiones económicas y patrimoniales relevantes. Usualmente se trata de información que si el otro contratante la hubiera conocido, no habría otorgado su consentimiento o lo hubiera hecho en otros términos.

Por otra parte, dicha exigencia protege particularmente al contratante que se halle, respecto del otro, en una posición más débil o vulnerable por encontrarse en situación de inferioridad económica o incluso emocional. Por tanto, el requisito en cuestión puede prevenir que el contrato se convierta en un instrumento de opresión a favor de la parte en quien se concentra el poder económico o de negociación. La necesidad de cumplir este designio es más patente en el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial por la relación íntima y de confianza que vincula a las partes contratantes.

Asimismo, la referida cautela *ex ante* también remite al tema de la justicia de los términos contractuales. Cuanto más

información se tenga, más probable será que el acuerdo en previsión de ruptura matrimonial contenga términos más justos para ambas partes. En ese sentido coincido con EGEA FERNÁNDEZ cuando afirma que *“si se dispone de toda la información referida a la situación económica y financiera de cada uno se podrá velar por un adecuado equilibrio contractual”*.³⁵⁹

Además, otra ventaja evidente de este tipo de requisito precontractual es que obliga a las partes a ponderar detenidamente las consecuencias del matrimonio, particularmente las económicas. Además, las discusiones durante la fase precontractual pueden revelar posibles áreas de conflicto que podrían intentar resolverse en ese momento.

3.2 CONTENIDO DEL DEBER DE INFORMACIÓN

La experiencia estadounidense sirve nuevamente de punto de referencia en lo tocante al alcance del deber de información ya que la abrumadora mayoría de los estados de los Estados Unidos han adoptado dicho requisito en el ámbito de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.³⁶⁰

El Derecho de contratos norteamericano parte del principio general que establece, que, de ordinario, no existe la obligación de proporcionar información que confiera al otro alguna ventaja

³⁵⁹ EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria”, *cit.* p. 4561.

³⁶⁰ Véase, en general, PEARSON, James O., “Failure to disclose extent or value of property owned as ground for avoiding premarital contract”, 3 *American Law Review* 5th, 2011, p. 294.

o mejor posición en la negociación.³⁶¹ Sin embargo, en el contexto de los acuerdos matrimoniales, en atención a la relación íntima y de confianza que une a las partes, se ha generalizado la adopción de la cautela precontractual que exige que las partes se proporcionen información acerca de su situación económica y patrimonial.³⁶²

En concreto, se requiere que cada parte provea a la otra información acerca de la naturaleza y extensión de su patrimonio, lo que incluye bienes, deudas e ingresos, así como el valor estimado del patrimonio. Basta con proveer información general y aproximada que permita hacer un cálculo del valor de los derechos a los que se renuncia y tener una apreciación general de las consecuencias del acuerdo.³⁶³

La norma que acabo de exponer, que no requiere que las partes tengan que proveerse información detallada minuciosamente, me parece razonable. Sin embargo, a fin de evitar una impugnación posterior del acuerdo es recomendable proporcionar la información de la forma más completa posible, en tiempo oportuno y de forma comprensible al destinatario, según sus circunstancias personales. Incluso se debe imponer a quien ejerza la función de proveer asesoramiento legal la

³⁶¹ Véase FARNSWORTH, E. Allan, *Contracts*, E. Allan, Little, Brown, Boston, 1990, pp. 256 y ss.

³⁶² Véase, en general, PEARSON, James O., *cit.*

³⁶³ *Ibidem.*

obligación de comunicar a las partes que tienen que cumplir con el referido deber de información.³⁶⁴

Cabe destacar que la *UPAA* establece la obligación recíproca de las partes de proveerse información sobre su situación económica. El pacto será ineficaz si en el momento en que se solicite su cumplimiento los términos del contrato irrogan un grave perjuicio a uno de los contratantes y este no contaba con la información sobre la situación financiera y patrimonial de la otra parte ni renunció válidamente a este derecho de información.³⁶⁵

Resulta interesante que los *ALI Principles*, con respecto al referido deber de informar, únicamente indica que la parte que invoca que se ordene el cumplimiento de cláusulas de renunciaciones de derecho tiene la carga de demostrar que antes del otorgamiento del acuerdo, la otra parte conocía, al menos aproximadamente, sus activos e ingresos.³⁶⁶

³⁶⁴ De hecho, el Código civil catalán establece que el notario tiene el deber de advertir a las partes que tienen un deber recíproco de proveerse información sobre su situación económica y patrimonial (art. 231-30.2 CCCat.).

³⁶⁵ Sección 6 de los *ALI Principles*.

³⁶⁶ La regla general enunciada en el párrafo anterior será satisfecha siempre que se aporte una prueba de que antes de firmar el acuerdo la parte que solicita su cumplimiento provea a la otra parte de una lista escrita realizada con precisión que contenga: (i) sus activos más importantes y su valor de mercado total aproximado; (ii) sus ingresos anuales aproximados de los últimos tres años y (iii) cualquier adquisición futura importante para la cual la parte tiene un título legal actual o cambios en los ingresos que la parte prevea realizar dentro de los tres años siguientes a la perfección del acuerdo. Sección 7.04 (5).

Por su parte, la *UPMAA* contiene una normativa más específica al establecer que un acuerdo es ineficaz si la parte que lo impugna no fue informada, antes de su perfección, de los bienes, deudas e ingresos —y su valor estimado— de la otra parte, no renunció expresamente y por escrito al aludido derecho de información y no tenía conocimiento de la información, ni era razonable esperar que lo tuviera.³⁶⁷

El deber de las partes de proporcionarse recíprocamente información acerca de su situación económica prácticamente carece de equivalente en el Derecho europeo, hasta su introducción en Cataluña por vía legislativa.³⁶⁸ El artículo 231-20 del Código civil catalán, tomando como modelo la normativa imperante en los Estados Unidos, dispone que las partes tienen el deber recíproco de proporcionarse información sobre su patrimonio, ingresos y previsibles expectativas económicas, siempre que esta información fuese relevante al contenido del pacto.³⁶⁹

Los términos en los que se formula la norma del Código civil catalán antes expuesta arrojan dudas acerca del alcance del deber de información que allí se impone cuando indica que la referida información ha de ser “relevante al contenido del pacto”. Esta frase, a mi juicio, con buen criterio, reconoce implícitamente que la información a la que una parte

³⁶⁷ Sección 9 (4) de la *UPMAA*, *cit.*

³⁶⁸ Con respecto a la obligación de los esposos de proveerse información sobre sus bienes *durante la vigencia* del matrimonio, véase BOELE-WOELKI, Katharina, BRAAT, Bente y CURRY-SUMNER, *Property relations*, *cit.*, preguntas 39, 74, 110, 144 y 176.

³⁶⁹ Véase, en general, REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *cit.*, p. 754.

contratante tiene derecho necesariamente tiene que estar relacionada con los términos contractuales pactados. Por tanto, si a tenor de lo pactado, la información económica y patrimonial del otro fuera irrelevante, la inobservancia del deber de información no debería incidir en la validez o eficacia del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.

Sin embargo, el referido requisito también podría interpretarse de otro modo, esto es, que la información que las partes vienen obligadas a informarse no solo abarca la que hubiese sido determinante de la voluntad contractual, sino que se extiende a cualquiera que “fuese relevante al contenido del pacto”. Por tanto, la información que es preciso que las partes se proporcionen recíprocamente podría incluir aquella que no necesariamente hubiese sido determinante para otorgar el consentimiento u otorgarlo en los términos en que se hizo.

A mi modo de ver, interpretar el antes citado artículo del Código civil catalán de dicha forma implicaría, en cierto modo, desvincular el deber de información del tema de la formación libre de la voluntad contractual. La información sería importante en sí misma, por ser relevante al contrato, y no necesariamente porque haya ejercido influencia en la formación de la voluntad contractual. Ello constituiría un *plus* reconocido exclusivamente en el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

En términos más contundentes se pronuncia la *Law Commission* que establece que el cumplimiento del requisito es condición para la validez del acuerdo cuando establece que “*a marital property agreement shall not be treated as a qualifying nuptial*

agreements unless the party against whom it is sought to be enforced received, at the time of the making of the agreement, material full and frank disclosure of the other party's financial situation".³⁷⁰

3.3 DEBER DE DILIGENCIA

Uno de los presupuestos básicos del deber de información precontractual es que el obligado a informar disponga de información de la que la otra parte carece.³⁷¹ Opino que lo importante es que se disponga de la información, con independencia de la fuente de la que se obtenga.

A tales efectos, tanto la *UPAA*, en su sección 6(a), y la *UPMAA*, en su sección 9 (4), establecen que un acuerdo es ineficaz si se incumple el referido deber de información y la otra parte no tenía, ni era razonable esperar que tuviera dicho conocimiento de la misma.

La influencia de las fuentes norteamericanas se manifiesta nuevamente en el Código civil catalán que en artículo 231-20, después de establecer el deber de información, dispone que la parte que quiera hacer valer el acuerdo tiene que demostrar que la otra parte conocía la información pertinente. Por consiguiente, la inobservancia del deber de informar no tendría consecuencia alguna si la otra parte obtuvo conocimiento de la

³⁷⁰"Marital property agreements (pre-nuptial and post-nuptial agreements)", Consultation Paper, Law Commission, *cit.*, sección 8.10.

³⁷¹ Véase GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, Madrid, 1994; GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

información por medio de fuentes independientes y no de parte del obligado a informar.

Por otro lado, también merece la pena subrayar que el hecho de que una parte desconozca la información a cuyo acceso tendría derecho no debe comportar, *per se*, la invalidez del contrato. No cabe invocar cualquier tipo de ignorancia para impugnar el contrato, sino solo aquella que no provenga de una conducta descuidada o negligente del desinformado. En consecuencia, el que tiene derecho a la información, aunque no tiene una obligación afirmativa de obtenerla, debe ser diligente y no debe apoyarse en una total pasividad.

Igual que el error como vicio del consentimiento, la ignorancia de la información debe ser excusable. Para apreciar si la ignorancia es excusable, a mi juicio, hay que tener en cuenta las aptitudes y circunstancias personales de quien invoca ser víctima de la ignorancia y compararlo con sujetos con cualidades similares.

a) Carga de la prueba

Otra cuestión importante es determinar en quién recae la carga de probar que el deber de información fue cumplido.

En los Estados Unidos, en estos casos la parte que impugna el contrato tiene que invocar como fundamento que cuando el mismo se otorgó no tenía conocimiento de la información que la otra parte venía obligada a proporcionarle.³⁷² En dicho

³⁷² Véase sección 6(a) de la *UPAA* y sección 9 de la *UPMAA*. Véase, además, PEARSON, James O., *cit.*, secciones 7[a] y 7[b]. Ahora bien, en determinados

supuesto, la otra parte tendría la carga de probar que en efecto proporcionó la información o que el otro obtuvo conocimiento de la información de fuentes independientes.

La ley catalana se decanta por una norma similar, ya que establece que la parte que quiera hacer valer un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte tenía información suficiente sobre su patrimonio, ingresos y previsibles expectativas económicas, siempre que esta información fuese relevante al contenido del pacto.³⁷³

Otra cuestión importante, relacionada con el tema de la prueba, es cómo se puede demostrar que se cumplió con el deber de información. A mi modo de ver, podría considerarse evidencia *prima facie* del cumplimiento del deber de información una expresión general incluida en el acuerdo a los efectos de que las partes se proporcionaron información completa y veraz de su situación económica y patrimonial, sin que sea necesario detallarla en el documento.³⁷⁴ Ahora bien, a mi juicio, en caso de que surja controversia sobre esta cuestión, el contratante a quien se le imputa no haber cumplido con su deber de información no puede escudarse en ese tipo de expresión general. Re caerá en él el peso de demostrar que en efecto

supuestos se ha determinado que en caso de que el acuerdo contenga cláusulas irrazonablemente desproporcionadas se invertirá la carga de la prueba. *Ibidem*.

³⁷³ Véase artículo 231-20.2 CCCat.

³⁷⁴ Véase PEARSON, James O., *cit.*, secciones 10, 11 y 13-16.

informó a la otra parte acerca de su situación económica y patrimonial.

Por lo antes dicho, no hay duda que lo más recomendable es que en el acuerdo, o un documento que se le anexe, se esboce con especificidad la información concreta que las partes se proporcionaron con anterioridad al otorgamiento del mismo o en el mismo acto.

3.4 LA INOBSERVANCIA DEL DEBER DE INFORMACIÓN

3.4.1 CONSECUENCIAS DE LA INOBSERVANCIA CUANDO ESTA SE ANALIZA A PARTIR DE LA DOCTRINA CLÁSICA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

La voluntad contractual presupone que las partes tienen conocimiento suficiente de las circunstancias relevantes para el otorgamiento del contrato. En el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, la inobservancia de la obligación de informar usualmente no se sanciona de forma autónoma, sino únicamente cuando entraña un vicio del consentimiento.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos la ocultación de la existencia de bienes —por ejemplo, con el fin de pactar una pensión post-divorcio mínima o una renuncia a la misma—, podría constituir un supuesto de dolo. Por su parte, el acceder a un acuerdo por desconocer las verdaderas dimensiones del patrimonio del cónyuge, aunque no haya ocurrido una

ocultación premeditada, podría constituir un supuesto de consentimiento viciado por error.³⁷⁵

De hecho, en la jurisprudencia española, aún en ausencia de una norma concreta que imponga a los cónyuges o futuros cónyuges el deber de información, también se ha declarado, a tenor de la doctrina de los vicios del consentimiento, la invalidez de acuerdos matrimoniales en casos de infravaloración u ocultación de bienes de parte de uno de los cónyuges de una manera que perjudique al otro en el reparto de bienes.³⁷⁶ Sin embargo, esta forma de abordar el problema de incumplimiento del deber de información se encuentra poco desarrollada. En consecuencia, a continuación propongo una forma más concreta de analizar estos problemas.

a) Incumplimiento del deber de información como un supuesto de error

En este punto corresponde exponer de forma general los presupuestos del error aplicables a los contratos en general porque, a mi modo de ver, la inobservancia del deber de

³⁷⁵ Es interesante que en el DRFC los problemas referentes al incumplimiento del deber de información se reconducen a los vicios de error y dolo. Véase reglas modelo 7:201 a 7:205 de la sección 2, *cit.*

³⁷⁶ En ese sentido, resultan particularmente pertinente lo resuelto en la STS de 9 de septiembre de 1985. En el contexto de capitulaciones matrimoniales se indicó que las mismas son anulables “*al existir dolo motivado por las maquinaciones insidiosas, sin las cuales una parte no las hubiera celebrado, y que viene acusada por la ocultación de determinados bienes y la infravaloración de los que se le adjudican a la otra encaminada a obtener un beneficio económico, en perjuicio de su cónyuge a la que se le adjudicaban bienes de valor notoriamente inferior*”. En similar sentido, véase, por ejemplo, SAP Las Palmas 5.º 29.01.2004, BDB 24015/2004.

información de las partes que otorgan un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, en determinados supuestos, podría enmarcarse como un problema de error.

Debo subrayar que en la mayoría de los casos, el incumplimiento del referido deber consistirá en la omisión de proveer información que, en la mayoría de las veces, configurará un supuesto de dolo. Por tanto, el incumplimiento del deber de información puede configurar el vicio del error en supuestos limitados, por ejemplo, cuando se suministra información incorrecta o se afirma algo de lo que no se está seguro y resulte ser falso, aun cuando se actúe sin propósito de engañar. De lo que se trata es que cada contratante, aunque actúe sin propósito de engañar, asuma el riesgo de la inexactitud de la información que suministra.³⁷⁷

En el Derecho español, el error como un vicio del consentimiento consiste en construir el contrato sobre datos inexactos o en ausencia de datos determinantes de la prestación del consentimiento.³⁷⁸ Cuando en la decisión de alguno de los contratantes interviene el error, el contrato podrá impugnarse en los supuestos en que el ordenamiento considera que la disfunción que se genera no debe subsistir. Así pues, no siempre un error en la formación de la voluntad contractual dará lugar a la anulación del contrato. En ese ámbito siempre está presente, pues, el reflejo de la tensión entre dos intereses, que la voluntad

³⁷⁷ Véase, en general, MALO VALENZUELA, Miguel Ángel, “Los vicios de la voluntad en los principios de Derecho contractual europeo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número. 689, 2005.

³⁷⁸ El artículo 1.265 CC establece, en lo pertinente, que “*será nulo el consentimiento prestado por error...*”

contractual sea racional y consciente y que exista seguridad en el tráfico jurídico.

Como indiqué antes, la *esencialidad* del error es el primero de los presupuestos básicos para que este sea considerado un vicio del consentimiento. El error relevante para el Derecho es, en lo aquí pertinente, el que recae sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrar el contrato o a celebrarlo en los términos en los que se otorgó.³⁷⁹

El segundo presupuesto del error como vicio del consentimiento es la *excusabilidad*. El error no da base a la anulación del contrato cuando pudo haber sido reconocido por quien lo sufrió si hubiese empleado una diligencia normal, adecuada a las circunstancias.³⁸⁰

Si la inobservancia del deber de información en el ámbito de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial se enmarca como un problema de error, para que este tenga trascendencia anulatoria es claro que deben concurrir los requisitos de *esencialidad* y *excusabilidad*. No obstante, es preciso formular algunas matizaciones.

³⁷⁹ Dicho requisito se recoge expresamente en el artículo 1266 CC, que dispone, en lo pertinente: “*Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.*”

³⁸⁰ VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, “Algunas reflexiones en torno a la exclusividad y reconocibilidad del error en los contratos” en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Vol. 2, 1996, pp. 541 a 554.

A mi modo de ver, con respecto al requisito de *esencialidad*, si el mismo se aplicara a los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial el error atribuible al incumplimiento del deber de información daría lugar a la anulación solo cuando fuese razonable concluir que la víctima no habría celebrado el contrato, o lo habría hecho en términos diferentes, de haber conocido la información en cuestión.

Con respecto a esta cuestión, como se indicó antes, es interesante que ello contrasta con la norma que establece el artículo 231-20.2 del Código civil catalán. Este parece prescindir del requisito de *esencialidad* porque dispone que el deber recíproco de las partes de informarse su situación económica y patrimonial abarca cualquier información “*que fuese relevante en cuanto el contenido del pacto*”. Se sugiere con ello, como indiqué anteriormente, que basta que la información fuera “*relevante*” al contenido del contrato, lo que podría incluir una que no necesariamente haya sido determinante de la voluntad contractual o de los términos del contrato.

Por otro lado, favorezco que el requisito tradicional de *excusabilidad* opere en este ámbito. Por tanto, a mi juicio, no podrá anularse un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial cuando el contratante que padece el error ha actuado de forma negligente, por no haber puesto los medios que estaban a su alcance para evitar tal error. Me parece que es razonable que cada contratante tome las medidas disponibles para conocer la información que sea determinante al compromiso contractual que pretende asumir. Sin embargo, a mi juicio, en la mayoría de los casos habrá que concluir que el error fue excusable en la medida que en muchos casos se trata de información privada de

una parte sobre la que la otra no tiene acceso, ni se puede requerir que indague sobre la misma.

b) Incumplimiento del deber de información como un supuesto de dolo

La inobservancia del deber de información atribuible al engaño provocado maliciosamente por un contratante para inducir al otro a contratar o hacerlo de forma diferente a lo que hubiese hecho, podría dar lugar a la anulación de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial por el fundamento de dolo. De ahí que sea preciso analizar los requisitos del dolo como vicio del consentimiento.³⁸¹

De entrada, resulta pertinente esbozar que los elementos principales que se analizan para determinar si el consentimiento ha estado viciado por dolo son la conducta antijurídica de un contratante y el haya tenido sobre la voluntad del otro.

Con respecto a la conducta antijurídica, el dolo está constituido por la conjunción de un elemento subjetivo y de uno objetivo. El primero se refiere el ánimo intencionado del agente; el segundo, al medio externo a través del cual se engaña al otro contratante.

³⁸¹ MORALES MORENO, Antonio Manuel, "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad", *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 591 y ss.; ROJO AJURIA, Luis, *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994; VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, "Algunas reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como fuente de responsabilidad precontractual" en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, 2006, pp. 761 a 768.

El primer elemento implica que debe mediar *animus decipiendi*, esto es, ánimo de engañar, malicia o la mala fe en la captación de la voluntad de la otra parte para inducirla a contratar. Como el bien jurídico protegido es la libertad del contratante, solo es preciso que se produzca una captación ilícita de la voluntad, sin importar si medió el propósito de perjudicarlo o de obtener beneficio, aunque de ordinario estos serán los motivos que impulsen a emplear el dolo.³⁸²

El segundo elemento, esto es, el acto o medio externo a través del cual se engaña al otro contratante, abarca cualquier acción mediante la cual se induce a la otra parte a contratar. Así, el dolo puede manifestarse de modo positivo, en un conjunto de actuaciones afirmativas dirigidas a captar la voluntad del otro contratante.³⁸³

La duda puede surgir en los casos en los que el engaño se logra a través de una conducta negativa. No parece que haya inconveniente en admitir que la conducta dolosa pueda consistir también en una omisión. Por tanto, también constituye base para anular un contrato el llamado *dolo omisivo*, es decir, cuando un contratante, con ánimo de engañar, no informa al otro de hechos o circunstancias que según la ley o la buena fe estaba obligado a manifestar.³⁸⁴

³⁸² MORALES MORENO, Antonio Manuel, "El dolo como criterio", *cit.*, p. 591; VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, "Algunas reflexiones sobre el dolo", *cit.*, pp. 761 a 768.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ Véase QUIÑONERO CERVANTES, Enrique, "El dolo omisivo", *Revista de Derecho Privado*, LXIII, 1979, pp. 347 y ss.; MORALES MORENO, Antonio Manuel, "El dolo

Asimismo, no cabe duda que las afirmaciones incorrectas, inconcluyentes, imprecisas o incompletas también podrían configurar un supuesto de dolo; de nuevo, siempre que concurra el ánimo de engañar.³⁸⁵

Ahora bien, cabe subrayar que en estos casos únicamente habrá lugar para la impugnación del contrato cuando se excedan las conductas ética y socialmente tolerables de las que puede valerse una parte que quiere animar a la otra a que contrate. Así, no da lugar a la anulación del contrato el llamado *dolus bonus*, que se refiere al margen de maniobras, toleradas por la conciencia social, dirigidas a conseguir que se contrate. El criterio de lo que es aceptable en este ámbito puede variar según los criterios éticos de cada época.³⁸⁶

Con respecto al efecto de la conducta antijurídica sobre el otro contratante, es preciso demostrar que la consecuencia de la conducta dolosa de un contratante fue captar la voluntad del otro. De ahí que entre la conducta dolosa y la celebración del contrato debe darse una relación de causalidad, esto es, la decisión de contratar o de contratar de la forma en la que lo hizo se produjo como consecuencia de la actuación dolosa.³⁸⁷

como criterio“, *cit.*, p. 592; VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, “El dolo *in contrahendo*”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 16, 2006, pp. 43 a 44.

³⁸⁵ Véase LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos*, *cit.*, p. 367.

³⁸⁶ Véase, en general, MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Comentario a los arts. 1261-1289 CC” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1^º B, Edersa, Madrid, 1993, p. 387.

³⁸⁷El artículo 1.269 CC establece que el efecto de la conducta antijurídica consistente en dolo es que el contratante haya sido “*inducido a celebrar un*

Por otro parte, para que el dolo dé base a la anulación del contrato se requiere que sea *grave*, lo que significa que comprende todos aquellos hechos o circunstancias que fueran esenciales o determinantes para la víctima y en relación con los cuales el engaño del otro contratante le impulsó decisivamente a contratar. Debe tratarse de un elemento que se refiera el objeto o a un aspecto material del contrato para evitar que cualquier motivo en el que un contratante resulte engañado se convierta en causa de nulidad del contrato, sobre todo si se trata de motivos caprichosos o poco acordes con los criterios ordinarios del tráfico.³⁸⁸

A mi modo de ver algunos de los requisitos del dolo antes expuestos pueden trasladarse al contexto de la inobservancia del deber de información exigible a los que otorgan un acuerdo en ruptura matrimonial, pero con las siguientes matizaciones.

Un contratante podría impugnar el acuerdo cuando su consentimiento se haya obtenido como resultado de la infracción del deber de información, que puede producirse tanto mediante un acto —proveer información falsa—, como mediante una omisión —guardar silencio cuando se está obligado a informar—.

En este punto me decanto nuevamente, por prescindir, como lo hace, por ejemplo, el artículo 231-20.2 del Código civil catalán,

contrato que, sin ellas, no hubiera hecho". Véase, MORALES MORENO, Antonio Manuel, "Comentario a los arts. 1261-1289", *cit.*, pp. 387 y ss.

³⁸⁸ Véase, en general, CASTÁN ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI, Francisco Martín, "Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual", *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LX-4, octubre 2007.

del requisito de que para que pueda impugnarse el contrato por incumplimiento del deber de información deba tratarse de información sobre circunstancias que fueran esenciales o determinantes para la víctima y en relación con los cuales el engaño del otro contratante le impulsó decisivamente a contratar. Como indiqué anteriormente, bastaría que la información omitida fuera “*relevante*” al contenido del contrato.

Por otra parte, aunque puede ser importante examinar si la víctima podía razonablemente haber obtenido la información por fuentes independientes, remarco que en la mayoría de los casos se concluirá que ello no era posible porque suele tratarse de información privada de una parte sobre la que la otra no tiene acceso, ni sobre la que tiene derecho a indagar.

3.4.2 LA INOBSERVANCIA DEL DEBER DE INFORMACIÓN COMO UN PROBLEMA DE EFICACIA

En determinados ordenamientos, la inobservancia del deber de información en ocasiones se enmarca como un problema de *ineficacia* del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.

Así, en la mayoría de los ordenamientos en los que se exige el deber de información, cuando se establece cuál es la consecuencia de su incumplimiento no se distingue entre las diferentes razones para ello y no siempre implica la anulación del contrato por vicios del consentimiento. En ocasiones, el efecto de la inobservancia del requisito es la pretensión de cumplimiento del acuerdo no puede ser estimada.³⁸⁹ En ese

³⁸⁹ *Ibidem*.

sentido ello operaría como un *plus* al sistema de vicios del consentimiento.

Por ejemplo, en algunas jurisdicciones estadounidenses se considera que el incumplimiento del deber de información solo dará a la impugnación del acuerdo si este contiene cláusulas que no sean “justas y razonables”.³⁹⁰

De hecho, la *UPAA* establece que un acuerdo prenupcial es ineficaz solo si la parte que lo impugna demuestra que este contenía términos sustancialmente desproporcionados y no se le proveyó información razonable acerca de la situación económica y patrimonial de la otra.³⁹¹

Por su parte, a tenor de las disposiciones pertinentes de los *ALI Principles* cuando una de la partes pretende que se declare la eficacia de cláusulas que limitan derechos económicos o patrimoniales a los que hubiese tenido derecho en ausencia del pacto tiene que demostrar positivamente que antes de la

³⁹⁰ Véase, por ejemplo, Conn. Gen. Stat. Ann. § 46b-36g (a) (3); Iowa Code Ann. § 596.7(2) (c); N.J. Stat. Ann. § 37:2-38(c) (1).

³⁹¹ Véase sección (a) (1) (ii) de la *UPAA*. La sección 9 (a) (4) de la *UMPAA* se pronuncia en similares términos cuando establece “A premarital agreement or marital agreement is unenforceable if a party against whom enforcement is sought proves any of the following:... before signing the agreement: (A) the party did not receive a reasonably accurate description and estimate of value of the property, liabilities, and income of the other party; (B) the party did not expressly waive, in a separate signed record after independent legal advice, the right to financial disclosure beyond the disclosure provided; and (C) the party did not have adequate knowledge or a reasonable basis for acquiring adequate knowledge of the property, liabilities, and income of the other party.”

perfección del contrato proveyó a la otra parte un documento escrito con este tipo de información.³⁹²

Si se analizan detenidamente las referidas consecuencias del incumplimiento del deber de información habrá que concluir forzosamente que la referida cautela procedimental en ocasiones se interrelaciona con la justicia sustantiva del acuerdo. Se trata, pues, de una cautela precontractual que también reconduce al tema de la eficacia *ex post* del acuerdo.

Este también parece ser el caso de la legislación catalana, cuyo lenguaje parece dejar bastante en claro que el incumplimiento del deber de información no necesariamente siempre reconducirá al esquema de anulabilidad por vicios del consentimiento, sino que parece moverse también en el terreno de eficacia *ex post*. Ello en atención a que establece que el peso de la prueba para el que quiera hacer valer un pacto en previsión de ruptura matrimonial es acreditar que la otra parte en el momento de firmar el contrato disponía de información suficiente sobre el patrimonio, ingresos y expectativas económicas, siempre que esta información fuera relevante en cuanto el contenido del pacto (art. 231-20.5 CCCat). La acreditación con el cumplimiento del deber de información se erige, pues, como una carga que debe asumir aquel de los cónyuges que desee hacer valer el pacto. La pretensión de su eficacia queda sujeta al cumplimiento de esta especie de *onus probandi*.³⁹³

³⁹² Sección 7.04 (5) de los *ALI Principles*, *cit.*

³⁹³ Véase GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.*, nota 47; REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *cit.*, p. 754.

En consecuencia, la inobservancia del deber de información puede ser fundamento para su anulación por vicios del consentimiento o para negar la pretensión de su eficacia.

3.4.3 ACCIÓN DE NULIDAD

El deber de informar si al final, aunque opere en la fase precontractual, solo incide en la eficacia y viene a relucir cuando se solicita el cumplimiento del acuerdo, no cabría hablar de acción de nulidad ni de plazos o requisitos para ejercitarla. El incumplimiento del deber de información tendría el efecto de colocar el peso de la prueba en quien venía obligado a informar y no lo hizo. En caso de que no pueda demostrar el cumplimiento del requisito, habrá de declararse la ineficacia del pacto o de la cláusula contractual de que se trate.

Ahora bien, en caso de que el incumplimiento del deber de información se enmarcara dentro de la doctrina de vicios del consentimiento, pero con la interpretación más laxa de los requisitos de error y dolo que propuse, operarían en este ámbito los requisitos para entablar la acción de nulidad.

A tales efectos, el punto de partida del análisis son las normas del Derecho general de contratos con respecto a los sujetos que tienen legitimación para ejercer la acción de nulidad, los efectos de la declaración de nulidad declarada y la posibilidad de confirmar el contrato expresa o tácitamente.

En concreto, con respecto a quién puede ejercer la acción de nulidad solo estaría legitimada para ello la parte contratante

que fue víctima del error o del dolo.³⁹⁴ Además, en lo referente a las consecuencias de la declaración de nulidad declarada, ya sea por error o por dolo, estas serían: i) la falta de vínculo jurídico entre las partes; de manera que devendrán ineficaces e inexigibles las obligaciones pactadas; ii) los efectos negativos del contrato pueden propagarse a otros actos o contratos que hubieran celebrado las partes y, iii) procederá la restitución de las prestaciones que hubieran sido materia del contrato.³⁹⁵

Por otra parte, por tratarse de contratos anulables, los mismos podrían confirmarse, lo que implica que la parte legitimada para ejercitar la acción de anulabilidad tendría la facultad de convalidar el contrato inválido. La confirmación puede ser expresa— una simple declaración de voluntad de convalidación para la que no exigiría forma especial— o tácita, esto es, cuando se realiza un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a la acción de nulidad. Con todo, la confirmación solo tendría lugar cuando el legitimado tuviera conocimiento de la causa de nulidad.³⁹⁶

³⁹⁴ El artículo 1302 CC, establece, en lo pertinente, “*que las personas que emplearon el dolo o produjeron el error, [no] podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.*”

³⁹⁵ Para un análisis de los efectos de la declaración de la anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales, véase, BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, “Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales”, *cit.*

³⁹⁶ Véase, en el contexto de las capitulaciones matrimoniales, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, “Comentario al art. 1335 CC” en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Vol. II*, Tecnos, 1984, p. 1568; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “Comentario al art. 1.335 CC.”, en *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 614 a 615; COSTAS RODAL, Lucía, “Comentario al art. 1.335 CC” en *Comentarios del Código civil*, Tomo 1, Civitas, Madrid, 2006, p. 1600.

Ahora bien, a mi juicio, en este ámbito no podrían trasladarse de forma íntegra las reglas generales sobre el cómputo del plazo para interponer una acción de nulidad para impugnar un contrato anulable. Como es sabido, el plazo de cuatro años disponible para impugnar un contrato anulable, de ordinario, se computa a partir de la consumación del contrato.³⁹⁷

Por tratarse de un pacto con vista a la ruptura matrimonial, en mi opinión, el plazo para presentar la impugnación debe expirar una vez la ruptura tenga lugar, siempre que antes de ese momento quien impugna el contrato hubiese salido del error o del engaño. En caso de que con diligencia razonable no hubiese podido conocer del vicio antes de la ruptura, a mi juicio, sería razonable imponer un plazo de cuatro años computado a partir de la ruptura para presentar la acción de nulidad.

3.5 REFLEXIONES FINALES

La perfección de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial puede ocurrir en un contexto cargado de formas externas de presión indebida y de desconocimiento de información de hecho y de Derecho relevante al contrato. La interpretación que propongo de los cautelas procedimentales *ex ante* tienen como objetivo prevenir o disminuir los referidos problemas.

³⁹⁷ El artículo 1301 CC establece, en lo pertinente: “*La acción de nulidad solo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr... en los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.*”

Por otro lado, corresponde una reflexión de la correlación entre las cautelas procedimentales y la eficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

Los diferentes niveles de autonomía de la voluntad tienen consecuencias diversas. Por ejemplo, el principio general prevaleciente en el Derecho estadounidense es que los cónyuges o futuros cónyuges deben tener amplia autonomía privada, lo que abarca una flexibilidad en los requisitos procedimentales que se exigen antes del otorgamiento de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.

Ello provoca, sin embargo, que en el momento en el que se pretende su cumplimiento, los tribunales se vean obligados a analizarlos a la luz del llamado "*procedural approach*", lo que aumenta la probabilidad de que no se ordene el cumplimiento de lo pactado. Ello es así, en la medida en que frecuentemente los defectos procedimentales se vinculan con la justicia de los términos sustantivos del acuerdo. Dicho de otro modo, el referido tratamiento jurídico de los acuerdos en previsión de ruptura ha desembocado en un aumento del poder discrecional judicial, lo que comporta un mayor grado de intervención estatal.

Por su parte, en los ordenamientos europeos los contratantes usualmente tienen que cumplir con mayores formalidades, que incluyen, por ejemplo, la intervención notarial, para poder pactar válidamente un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial. Ello hace menos probable que en el momento de su cumplimiento los tribunales dejen sin efecto lo pactado.

En ese sentido podría concluirse que a mayores requisitos procedimentales y formalidades se exijan, más probabilidades de que los tribunales reconozcan la eficacia del acuerdo y concedan mayor deferencia a lo pactado. A menores requisitos procedimentales, más alta es la probabilidad de intervención judicial para declarar su ineficacia si su contenido se aparta demasiado de las reglas por defecto o provoca un desequilibrio sustancial en las prestaciones.

Por tanto, un alto grado de autonomía trae consigo el riesgo de aumento de intervención judicial para fiscalizar, modificar o dejar sin efecto lo pactado, como ocurre en los Estados Unidos en comparación con lo que, hasta la fecha, ha ocurrido en los ordenamientos europeos que admiten los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. A mi modo de ver, es preferible que se adopten cautelas procedimentales *ex ante* que aportan mayor seguridad jurídica, que la intervención judicial *ex post* cuando se solicita el cumplimiento del acuerdo, uno de los temas objeto de estudio en el próximo capítulo.³⁹⁸

³⁹⁸ ANDERSON, Miriam, “Comentario Sentencia de 31 de marzo de 2011”, *cit.*, p. 2349.

CAPÍTULO CUARTO

CUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL Y LÍMITES A SU EFICACIA *EX POST*

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Las características singulares de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial —por razón de su finalidad, del momento en el que se perfeccionan, de la etapa en la que se solicita su cumplimiento y, sobre todo, de la particular relación entre los contratantes— plantean reservas referentes a los límites de la autonomía privada en este ámbito.

Dichas reservas no pueden abordarse únicamente con controles de validez *ex ante* dirigidos a asegurar la emisión de un consentimiento libre, no viciado e informado. Son necesarios, además, controles *ex post* de eficacia, lo que queda corroborado en los ordenamientos que regulan expresamente este tipo de contratos, la literatura jurídica que los glosa, la jurisprudencia de los tribunales que se enfrentan a pretensiones de cumplimiento forzoso y las más importantes propuestas de uniformización legislativa en este ámbito.

Lo anterior comporta que dichas fuentes normativas o paranormativas, aunque lógicamente con variantes y matices, sujeten los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial no solo a los límites generales que delimitan la validez de todo acto de autonomía privada —la ley, la moral y el orden público—

sino también a mecanismos adicionales de control de su eficacia. Dichos mecanismos, al igual que los analizados en el capítulo anterior sobre la validez *ex ante* de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, pueden provenir del Derecho general de contratos —o en su caso, con adaptaciones— o bien pueden ser forjados *ad hoc*, por ejemplo, mediante la aplicación analógica de reglas generales del Derecho de familia.

A pesar de que las fuentes aludidas no suelen explicitar los fundamentos concretos que en cada caso justifican la ineficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, como se verá, todas contemplan alguna forma de revisión sustantiva de los mismos y favorecen la modificación judicial de los términos contractuales pactados con el objeto de evitar resultados injustos. Además, presentan como elemento común que al hacer dicha determinación consideran como factores pertinentes: el efecto del cambio de las circunstancias, si el cumplimiento produciría externalidades negativas o si lo pactado tendría el efecto de alterar los elementos esenciales del matrimonio o del divorcio.³⁹⁹

El referido objetivo puede articularse de formas diversas en los distintos ordenamientos. Así, algunos utilizan una fórmula amplia —como, por ejemplo, el criterio de “*unfairness*”— que permite enmarcar diferentes problemas de eficacia contractual.⁴⁰⁰ En cambio, otras fuentes recurren a criterios más

³⁹⁹ Dichas cuestiones podrían reconducir al tema de la *validez* de los acuerdos. Sin embargo, como se verá, la tendencia prevaeciente es enmarcarlos como problemas de eficacia *ex post*.

⁴⁰⁰Algunas jurisdicciones de los Estados Unidos han adoptado el criterio general de “*unfairness*” para determinar si un acuerdo matrimonial es ineficaz. Véase, a modo de ejemplo, los siguientes casos reiteradamente

específicos. Así, por ejemplo, las fuentes que regulan expresamente los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial suelen adoptar reglas concretas para solucionar diferentes problemas de ineficacia contractual, como sería, por ejemplo, el referente al cambio sobrevenido en las circunstancias.⁴⁰¹ Sin embargo, en este ámbito frecuentemente se recurre a instrumentos generales del Derecho de contratos que son de aplicación a todos los contratos, particularmente a los de larga duración. Dos ejemplos paradigmáticos en este contexto son la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y la de la caída de la base del negocio que atacan, respectivamente, el problema de imprevisión o que los presupuestos que sirvieron de fundamento al otorgamiento del contrato han desaparecido cuando se solicita su cumplimiento.

Cabe señalar que, además de los que límites que impone el Derecho general de contratos, existen condicionantes adicionales propios del Derecho de familia que también limitan

citados, *Gross v. Gross*, 464 N.E.2d 500 (Ohio 1984); *Gant v. Gant*, 329 S.E.2d 106 (W. Va. 1985); *Button v. Button*, 388 N.W.2d 546 (Wis. 1986); *McKee-Johnson v. Johnson*, 444 N.W.2d 259 (Minn. 1989). Otro buen ejemplo de la adopción de una fórmula amplia es ley de Nueva Zelanda, que establece expresamente que los tribunales “*may set the agreement aside if, having regard to all the circumstances, it is satisfied that giving effect to the agreement would cause serious injustice.*” New Zealand Property (Relationships) Act 1976, s 21J (1). SCHERPE, Jens M., *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, *cit.*, p. 505. Asimismo, en Inglaterra, la Supreme Court resolvió en *Radmacher v. Granatino*, *cit.*, que los tribunales “*will exercise its discretion in accordance with the agreement’s terms if it was freely entered into, unless it would be unfair to do so.*”

⁴⁰¹ Por ejemplo, según se discutirá más adelante, el Código civil de Cataluña en su artículo 231-20.5 regula específicamente el cambio sobrevenido de circunstancias en el ámbito de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

la eficacia *ex post* de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Los referidos condicionantes adicionales pueden operar incluso en supuestos en los que no necesariamente se ha ocurrido un cambio de las circunstancias, ni se ha producido una caída de la base del negocio.

Uno de los fundamentos de política jurídica familiar justificante de la ineficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial es evitar que los mismos sirvan de instrumento para alterar la concepción del ordenamiento acerca del matrimonio y de la libertad de salir del mismo. Ello ha servido de base a la norma general de que no es posible crear convencionalmente una regulación privada que sea incompatible con los principios y finalidad básica de la institución del matrimonio, ni coartar la libertad de salir del mismo. En ese sentido, el orden público familiar expresa unos valores preferentes o excluyentes de ciertas reglas o principios dentro del ordenamiento que prevalecen sobre el de la autonomía privada.⁴⁰²

Una segunda razón de política jurídica familiar que justifica la imposición de límites adicionales a la eficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial es el interés en evitar que estos afecten a terceros. Ello se traduce en la adopción de distintos mecanismos de control *ex post* que tienen como objeto evitar externalidades negativas. Por ejemplo, este sería el fundamento de reglas dirigidas a evitar el cumplimiento de acuerdos que perjudiquen a los hijos o a la sociedad en general

⁴⁰² ROCA TRÍAS, Encarna, "Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis", *cit*, pp. 2110 y ss.

cuando, por ejemplo, el cumplimiento del acuerdo comportaría que uno de los excónyuges quedara en situación de indigencia y el Estado tuviera que hacerse cargo de suplir sus necesidades básicas.

Dichos fundamentos propios del orden público familiar también pueden traducirse en fórmulas amplias o en criterios jurídicos más específicos pero, en cualquier caso, siempre dirigidos a evitar los resultados injustos— por causas originarias o sobrevenidas—, que se manifiesten en el momento en el que se solicita el cumplimiento del acuerdo.⁴⁰³

Cabe subrayar que las fuentes que habrán de analizarse bajo el tema de la ineficacia de estos acuerdos no se ajustan perfectamente a las categorías formuladas previamente, ni suelen identificar de manera tan clara los fundamentos que justifican las reglas en este contexto. Además, las categorías a las que me he referido, como se verá, no constituyen compartimientos estancos. Frecuentemente habrá puntos de encuentro o interferencia. Por ejemplo, en algunos casos la ineficacia podría tener su origen en un cambio sobrevenido de circunstancias que, de paso, provoque una situación injusta que afecte a terceros o comporte una restricción a la libertad de salir del matrimonio. En cambio, en otros casos, será preciso analizar la cuestión de si es ineficaz una cláusula que restrinja la facultad de divorciarse o produzca externalidades negativas,

⁴⁰³ Por ejemplo, algunos países que utilizan en este contexto una fórmula general, basada en el principio de la buena fe son Alemania y los Países Bajos. SCHERPE, Jens M., *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective, cit.*, pp. 503 a 504. Por su parte, algunas fuentes adoptan fórmulas más específicas como, por ejemplo, los *ALI Principles*, como se discutirá en detalle más adelante.

aun cuando ello ocurra en un contexto en el que no haya ocurrido un cambio de las circunstancias entre el momento del otorgamiento del acuerdo y la etapa en la que se solicita su cumplimiento.⁴⁰⁴

2. CAMBIOS EN LAS CIRCUNSTANCIAS

2.1 INTRODUCCIÓN

La contemplación por el ordenamiento jurídico de medios coercitivos frente al incumplimiento no presupone que los contratos siempre deban ser cumplidos de acuerdo con lo pactado, pues en ocasiones se producen situaciones en las que es apropiado desviarse del principio *pacta sunt servanda*. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en los casos de desproporción o desajuste contractual sobrevenido, que se produce cuando circunstancias ajenas a las partes y al riesgo propio del contrato provocan un cambio sustancial en las condiciones que rodearon su otorgamiento, al punto que el cumplimiento de lo pactado se hace excesivamente más oneroso para una de las partes.

En el ámbito de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, la duración de la vida matrimonial y sus múltiples azares precisamente pueden llevar a un cambio sustancial en las circunstancias que desaconseje el cumplimiento estricto de los términos pactados, pese a haber sido acordados libre y voluntariamente. Además, no debe perderse de vista que estos

⁴⁰⁴ Este tipo de fórmula se ejemplifica en la *UPMAA* que establece en su sección 9 que un acuerdo puede ser ineficaz si es *unconscionable* en el momento del otorgamiento o si ello ocurre como consecuencia del cambio de circunstancias que resulte en una injusticia sustancial.

contratos son de duración indefinida y que se perfeccionan para producir efectos mucho tiempo después. En consecuencia, es el riesgo de que ocurra una alteración del estado de cosas imperante en el momento de su celebración es elevado.

Si bien es cierto que dichas características pueden ser comunes a otros contratos, los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial presentan la peculiaridad adicional de que son contratos liquidatorios, esto es, son contratos enderezados a producir consecuencias solo, o principalmente, en el momento de la liquidación de la relación por fin de la convivencia. A diferencia de otros contratos de duración indefinida que tienen consecuencias inmediatas y de relevancia continua, los términos de los acuerdos en cuestión adquieren relevancia cuando ya ha ocurrido la ruptura y es necesario resolver una situación conflictiva.

Un contrato que contemple únicamente consecuencias contingentes —y que, por tanto, se conciban como distantes— tiende a venir precedido de una deliberación menos cuidadosa que uno cuyas consecuencias son inmediatas o continuadas en el tiempo. De hecho, como se ha discutido previamente, en el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura, particularmente los que se otorgan antes de celebrarse el matrimonio, suele concederse un peso mayor a sus consecuencias e implicaciones inmediatas, aunque sean ajenas a los términos del acuerdo —por ejemplo, que el matrimonio no se celebre— que a los términos contractuales *per se*, en la medida que los mismos se refieren a eventualidades futuras e inciertas.

Existe una diferencia adicional importante. En otros ámbitos, los contratantes puede que tengan pocos incentivos para acceder a otorgar su consentimiento a términos contractuales desfavorables. En estos casos, los términos propuestos se rechazan y el proceso de negociación continúa con el objetivo de considerar otras alternativas. En cambio, el proceso de otorgamiento de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial es mucho más complejo. La relación misma puede comprometerse si el proceso de negociación se prolonga excesivamente o se producen discusiones frecuentes y continuas acerca del contenido del contrato que, después de todo, está llamado a regir en la eventualidad de que sobrevenga un divorcio.

Teniendo en cuenta estos rasgos peculiares de los acuerdos en previsión de ruptura que son puntualmente pertinentes al tema, se analizarán los problemas de eficacia por razón de circunstancias sobrevenidas que se producen cuando: i) el contrato está llamado a prolongarse en el tiempo y acaecen eventualidades no previstas inicialmente o ii) se produce una divergencia entre lo que el acuerdo suponía y el modo en que la convivencia matrimonial se desarrolló.

El análisis se hará, en primer lugar, a partir de los instrumentos del Derecho general de contratos formulados para proveer solución a este tipo de problemas, —fundamentalmente, las doctrinas de la cláusula *rebus sic stantibus* y de la base objetiva del negocio—. Asimismo, habrá de analizarse si su aplicación es adecuada en el ámbito de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Posteriormente, se esbozarán algunas reglas especiales aplicables exclusivamente a los acuerdos en

previsión de ruptura matrimonial adoptadas en las fuentes que los regulan expresamente.⁴⁰⁵

2.2 LA DOCTRINA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

El remedio de la modificación —o en casos extremos, la resolución— contractual por la alteración sobrevenida de las circunstancias no encuentra apoyo en los códigos civiles más antiguos. Sin embargo, los tribunales, con apoyo en principios generales del Derecho, como la equidad o la buena fe, se han visto obligados a arbitrar mecanismos para corregir los resultados injustos que en determinados casos puede comportar la aplicación estricta del principio *pacta sunt servanda*.⁴⁰⁶

La mayoría de los ordenamientos europeos contemplan la ineficacia, total o parcial, cuando hubiere sobrevenido un cambio de las circunstancias que no hubiese podido preverse en el momento del otorgamiento del contrato.⁴⁰⁷ Así, suelen

⁴⁰⁵La doctrina y la jurisprudencia españolas sirven de punto de referencia principal a la exposición que prosigue.

⁴⁰⁶ Dos obras que contienen la exposición detallada más reciente de derecho comparado y español sobre el tema son: MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Thomson Civitas, Madrid, 2003 y AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁴⁰⁷ Así, por ejemplo, en Francia opera la denominada *théorie de la imprevisión* y, como se verá, los tribunales españoles acuden a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Los códigos más modernos han dado entrada a una regulación expresa de la figura. Tal es el caso del artículo 1.457 del Código Civil italiano y la sección 313 del Código Civil alemán (BGB). SALVADOR CODERCH, Pablo, “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 4, 2009, pp. 8 y 9.

presentar como nota común el criterio de la imprevisibilidad. Además, también tienden a coincidir en la exigencia de que tal cambio produzca algún perjuicio grave en alguno de los contratantes por causa de desequilibrio excesivo entre las prestaciones.

Ahora bien, es preciso subrayar que las doctrinas formuladas en este ámbito suelen interpretarse muy restrictivamente por el riesgo que su generalización presentaría para el tráfico jurídico, como precisamente demuestra la forma en la que de ordinario opera la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Así lo acredita la normativa imperante en esta sede en el ordenamiento español.

El Código civil español no regula expresamente los efectos de la alteración sobrevenida de las circunstancias.⁴⁰⁸ Sin embargo, “*por razones de equidad*”, el Tribunal Supremo español acogió la doctrina de cláusula *rebus sic stantibus*.⁴⁰⁹ Ha subrayado, sin

⁴⁰⁸ El único tratamiento legislativo de la cláusula *rebus sic stantibus* en España se encuentra en la Ley 493 del Fuero de Navarra. Dicha ley establece: “*Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o de tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución*”.

⁴⁰⁹ En las STS de 14 de diciembre de 1940 y de 17 de mayo de 1941 el Tribunal Supremo planteó por primera vez la posibilidad de acoger la cláusula *rebus sic stantibus* en el ordenamiento español. Así, a pesar de que la regulación de los efectos de la alteración sobrevenida de las circunstancias es fruto de elaboración doctrinal, no hay duda del rol fundamental que la jurisprudencia ha tenido en este ámbito. En este sentido, véase Díez-PICAZO, Luis, “La cláusula *rebus sic stantibus*”, en “Extinción de las obligaciones”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVI, 1996, pp. 671 a 686.

embargo, que su aplicación es rigurosamente excepcional. De ahí que dicho Tribunal haya indicado que la referida doctrina “*debe aplicarse con cautela*” por los “*peligros*” que su generalización presentaría para “*la eficacia de la voluntad manifestada y el mantenimiento del orden jurídico*”.⁴¹⁰

En consecuencia, los presupuestos que la jurisprudencia española ha establecido para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* llevan a un régimen de aplicación sumamente exigente que requiere demostrar que: i) como consecuencia de circunstancias *radicalmente imprevisibles* ocurridas después del otorgamiento del contrato, ii) se produce una alteración *extraordinaria* de las circunstancias ii) que resulta en una *desproporción inusitada o exorbitante, fuera de todo cálculo*, al punto que el contrato se derrumba por “*aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones*”.⁴¹¹

No hay duda de que la imprevisión y la cuestión de la divergencia entre las circunstancias en el momento del otorgamiento del contrato y las imperantes cuando se solicita su cumplimiento no son fenómenos extraños en el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Todo lo contrario. Las relaciones entre los cónyuges a lo largo de la vida matrimonial son dinámicas y pueden variar notablemente a lo largo de los años de convivencia, lo que incluso puede causar

⁴¹⁰ Véase, por ejemplo, STS de 20 de febrero de 2001 y STS de 25 de enero de 2007 y sentencias allí citadas.

⁴¹¹ *Ibidem*. Véase, además, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, *cit.*, p. 258; SALVADOR CODERCH, Pablo, *cit.* p. 24.

que varíen radicalmente las bases negociales sobre las que los términos del acuerdo se pactaron en su día.

En España, los autores que se han planteado cómo una alteración sustancial de las circunstancias afecta la eficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial suelen reconducir su planteamiento, de forma general y sin particular elaboración, a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*.⁴¹²

Así, por ejemplo, Ignacio PAZ-ARES, señala que la revisión judicial de este tipo de pactos —en concreto de aquellos a tenor de los cuales se renuncia al derecho a una pensión compensatoria—, *“debe extenderse a examinar las alteraciones sobrevenidas, especialmente las imprevisibles”,* y que *“si concurren circunstancias imprevistas que acentúan gravemente el desequilibrio entre los cónyuges, habría que aplicar la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus, de modo que el juez pudiera adoptar medidas para estabilizar la situación”*.⁴¹³

Por su parte, GARCÍA RUBIO, en el contexto del análisis de la validez de los pactos de renuncia a la pensión compensatoria, señala que *“en aquellos casos en los que, de conformidad con los criterios generales en materia de negocio jurídico, se hubiera dado un cambio de las circunstancias entre el momento de su celebración y el de su ejecución efectiva, que convirtiera en irracional la plena efectividad del mismo por la aparición de*

⁴¹² GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales”, *cit.*, p. 1672; EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria”, *cit.*, p. 4556; REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *cit.*, p. 742; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *cit.*, pp. 2387 a 2388. En contra, PASTOR VITA, Francisco Javier, *cit.*, pp. 54 a 55.

⁴¹³ PAZ-ARES, Ignacio, *cit.*, p. 135.

*hechos nuevos de suficiente relevancia que no pudieron ser tenidos en cuenta por las partes en el momento de la negociación contractual, podría ser considerada este tipo de cláusula ineficaz total o parcialmente.”*⁴¹⁴

Por otra parte, resulta pertinente destacar, si giramos nuestra atención al Derecho comparado, que la solución que se ha provisto en los Estados Unidos a este tipo de problema es muy similar a la antes esbozada.⁴¹⁵ En la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses se han adoptado, predominantemente por vía judicial, una serie de criterios especiales de análisis que confieren a los tribunales la facultad de declarar la ineficacia de aquellos acuerdos matrimoniales que, como resultado de un cambio *imprevisible* de circunstancias, se hayan tornado en *inequitativos o sustancialmente desequilibrados*.⁴¹⁶ El problema aquí también consiste en determinar cómo se realiza la valoración judicial del cambio de circunstancias y cuándo este es suficientemente relevante para producir la ineficacia del acuerdo.

⁴¹⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, "Los pactos prematrimoniales", *cit.*, p. 1672.

⁴¹⁵ Ello es congruente con el Derecho general de contratos estadounidense que se caracteriza por la adopción de principios que facultan a los tribunales a modificar o resolver un contrato como remedio ante el cambio sobrevenido de circunstancias, incorporando criterios de previsibilidad y de desequilibrio en las prestaciones. *Restatement Second of Contracts* § 261 (1981).

⁴¹⁶ Véase, a modo de ejemplo, los siguientes casos reiteradamente citados: *Button v. Button*, 388 N.W.2d 546, 547 (Wis. 1986); *Sogg v. Nev. State Bank*, 832 P.2d 781, 785 (Nev. 1992); *In re Marriage of Spiegel*, 553 N.W.2d 309, 315 (Iowa 1996); *Hardee v. Hardee*, 585 S.E.2d 501, 504 a 505 (S.C. 2003). Además, véase, por todos, SILBAUGH, Katharine B., *cit.* pp. 76 y ss.

Conviene, pues, analizar los rasgos comunes que en este ámbito presentan los aludidos ordenamientos, a saber: la imprevisibilidad y el desequilibrio en las prestaciones.

El principal problema que presenta el criterio de imprevisibilidad es que evidentemente produce un alto grado de incertidumbre acerca de si el contrato es o no eficaz. A fin de obtener el mayor grado posible de certeza en el momento del otorgamiento del acuerdo, las partes tendrían que establecer las consecuencias, en la eficacia de lo pactado, que podrían llegar a tener diferentes supuestos de cambios en las circunstancias. Con todo, es obvio que en dicho momento sería imposible anticipar todos los cambios que es posible que ocurran.

Por otro lado, el remedio de la modificación del contrato cuando advienen nuevas circunstancias sería insatisfactorio porque se trata de un remedio bilateral y una de las partes puede que no tenga interés o no le convenga renegociar. Por ello en mi opinión, la alternativa de la renegociación y la modificación voluntaria es poco realista, a menos que se plantee la amenaza del divorcio. Lo cierto es que durante el matrimonio las partes no suelen alterar un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, particularmente cuando ello beneficiaría a una parte y perjudicaría a la otra. Bajo tales condiciones, la libertad de pactar tendría un alcance distinto porque su ejercicio podría precisamente propiciar o precipitar una crisis o ruptura.

Por otra parte, un problema adicional que presenta el criterio de la imprevisibilidad es la laxitud con la que suele interpretarse, especialmente en el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Así, por ejemplo, GARCÍA

RUBIO menciona como ejemplos de imprevisión, que pueden constituir motivos suficientes para justificar la revisión judicial del acuerdo, la aparición de una enfermedad grave de una de las partes o el nacimiento de hijos cuando al tiempo de la celebración del acuerdo la pareja no contemplaba tener descendencia.⁴¹⁷

PAZ-ARES menciona como ejemplos adicionales de circunstancias imprevisibles: la quiebra del cónyuge empresario, la pérdida de empleo o una incapacitación causada por un accidente.⁴¹⁸ ANGUITA VILLANUEVA, por su parte, considera que pueden ser calificados como cambios imprevisibles en las circunstancias: recibir una herencia importante, un cambio brusco de cotización de acciones en las que se tenía invertido gran parte del patrimonio, la obtención de un premio o la caída del valor de los bienes en tiempos de crisis.⁴¹⁹

Como puede verse, los ejemplos enunciados de cambios imprevisibles de circunstancias tienen que ver con la situación económica de los contratantes, su capacidad de generar ingresos o su estado de salud. A mi modo de ver, a diferencia de lo que exponen los citados autores, podría concluirse que dichos eventos no son en absoluto imprevisibles. Es más, podría incluso argumentarse que se trata de eventos que sería razonable esperar que las partes anticiparan, con más o menos generalidad, en el momento del otorgamiento del contrato.

⁴¹⁷GARCÍA RUBIO, María Paz, "Los pactos prematrimoniales", *cit.*, p. 1672.

⁴¹⁸PAZ-ARES, Ignacio, *cit.*, p. 135.

⁴¹⁹ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *cit.*, p. 298.

Desde luego, el nacimiento de hijos, la aparición de una enfermedad o la pérdida de empleo, aunque son cambios de trascendencia considerable, no parece que sean eventos inesperables a lo largo de una relación matrimonial.

Dicho de otro modo, en una negociación contractual puede haber muchos grados de previsibilidad y es perfectamente posible, a poco que las partes imaginen el futuro sosegadamente, anticipar y prefigurar contractualmente riesgos poco o muy poco probables. Por consiguiente, casi cualquier evento que ocurra a lo largo de la convivencia matrimonial podría calificarse de un cambio “previsible”, en la medida en que forme parte del devenir más o menos azaroso de la vida de cualquier persona.⁴²⁰ La previsibilidad de un mismo evento depende, además, de la forma subjetiva en que se configuren las vicisitudes que pueden producirse a lo largo de la convivencia. Las partes pueden prefigurar los eventos del futuro mediante ventanas o marcos amplios, carentes de detalle, pero que comprendan todo tipo de contingencias.

En consonancia con lo anterior, existe el riesgo de que, ante este tipo de problemas, los tribunales caractericen las nuevas circunstancias como “imprevisibles” —con el objetivo de liberar a una de las partes de resultados “injustos”—, aunque en puridad no pueda decirse que lo sean.

Ello presentaría el riesgo de comprometer la autonomía de los contratantes para negociar efectivamente porque aunque, en principio, fueran libres de hacerlo se hallarían sujetos a una eventual revisión judicial del contrato.

⁴²⁰ PASTOR VITA, Francisco Javier, *cit.*, p. 54.

Por otra parte, la adopción en este ámbito de los presupuestos tradicionales de la doctrina *rebus sic stantibus* implicaría demostrar no solo que ha ocurrido un cambio imprevisible de circunstancias —con todos los problemas ya reseñados—, sino cumplir con el segundo requisito de la doctrina; esto es, que la imprevisión provocó un “desequilibrio excesivo o extraordinario en las prestaciones”.

Dicho criterio, al menos así formulado, no encaja en el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial porque se trata de contratos que no tienen como finalidad el intercambio, transmisión o disposición actual de bienes o servicios. En su lugar, estos contratos tienen como objeto determinar las consecuencias, particularmente de carácter económico, de la ruptura. Son, pues, contratos normativos cuya eficacia es fundamentalmente disolutoria o liquidatoria. En ellos no cabe hablar propiamente de prestaciones y contraprestaciones y por consiguiente, tampoco de desequilibrio entre las mismas. A mi juicio, en estos casos, como se verá, lo que debe examinarse es el grado de apartamiento de las reglas por defecto.

Ante dichos problemas y los otros que se han reseñado que presentaría la aplicación mimética de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en este contexto, en mi opinión, sus presupuestos deben ser ajustados o modificados en atención a las peculiaridades que presentan los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

2.2.1 AJUSTE O MODIFICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE LA DOCTRINA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL CONTEXTO DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN MATRIMONIAL

El que la autonomía privada es más reducida en el ámbito de los pactos en previsión de ruptura matrimonial, a mi modo de ver, parece manifestarse también a través de la relajación del principio de *pacta sunt servanda*, por vía de la imposición de requisitos más estrictos para reconocer la eficacia de lo pactado en aquellos casos en los que desde el momento en que se otorga el contrato hasta el momento en que se pretende su cumplimiento sobreviene un cambio de circunstancias.

En primer lugar, sería importante repensar el criterio objetivo de imprevisibilidad que caracteriza la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, a tenor del cual se considera que una circunstancia es previsible cuando en el momento de otorgar el contrato mediaban “*señales o indicios objetivos que permitían anticipar el cambio mismo*”, bastando para ello “*mostrar como su existencia, en el momento de la celebración del contrato, resultaba del conocimiento ordinario o científico y tecnológico.*”⁴²¹

En mi opinión, pues, en el ámbito de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial debería operar un criterio subjetivo de imprevisibilidad, poniendo énfasis en el dato de si las partes previeron o no previeron de hecho el cambio de circunstancias. Ante la complejidad que supondría hacer el referido tipo de

⁴²¹ SALVADOR CODERCH, Pablo, “Alteración de circunstancias”, *cit.*, pp. 25 a 26.

determinación, otra posible alternativa sería que el análisis subjetivo incluyera dilucidar si las circunstancias personales concretas de las partes en cuestión —esto es, su grado de educación, posición social, cultura, medios— les podían llevar a no prever el cambio de circunstancias.⁴²²

Con respecto al efecto que debe producir el cambio sobrevenido para que esté justificado desviarse de los términos pactados, reitero que en este tipo de contrato, por ser de carácter disolutorio, normalmente no hay posibilidad de que concurra el segundo de los requisitos tradicionales de la doctrina de la cláusula *rebus*, es decir, el de “desequilibrio en las prestaciones”. En su lugar, debe requerirse que el efecto del cambio de las circunstancias provoque que lo pactado se aleje exageradamente de las reglas por defecto.⁴²³

Cabe destacar que el marco general que propongo, aunque con rasgos novedosos, se acomoda a la tendencia manifestada en algunos ordenamientos de fijar límites especiales a la eficacia de este tipo de contrato a través del ajuste o modificación de doctrinas tradicionales del Derecho de contratos. Lo anterior,

⁴²² Cabe subrayar que no podrá ser calificado de imprevisible el cambio sustancial de circunstancias que ha sido causado voluntariamente por los cónyuges porque, por ejemplo, uno de ellos ha abandonado voluntariamente la ocupación laboral para dedicarse en exclusiva al cuidado del hogar y de los hijos. MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 191.

⁴²³ GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.*, p. 2617. Las nuevas circunstancias podrían ser de naturaleza económica pero también de naturaleza personal, como el sufrimiento de un accidente con graves secuelas o de dolencias insospechadas. REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *cit.*, pp. 754 a 755.

como se verá, queda ejemplificado nítidamente en la normativa que el Código civil catalán ha adoptado en este ámbito.

El Código civil catalán contiene una versión menos rigurosa que la doctrina tradicional de la cláusula *rebus*. Se aparta de los principios generales del Derecho de contratos para resolver los problemas de imprevisión y cambios sobrevenidos que puedan surgir en el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Así, el apartado (5) del artículo 231-20 contempla específicamente el problema del cambio sobrevenido de circunstancias y lo aborda con una concepción más moderada de la doctrina tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus*. Dicho artículo establece, en lo que aquí interesa, que el acuerdo es ineficaz si su cumplimiento *resulta gravemente perjudicial* para un cónyuge como consecuencia de circunstancias sobrevenidas “*que no se previeron, ni podían razonablemente preverse*” en el momento del otorgamiento del contrato.

A pesar de que el Código civil catalán conserva el criterio de imprevisibilidad, adopta una fórmula novedosa y, con buen criterio, no solo toma en cuenta aquellos cambios que no “*podían razonablemente preverse*”, sino también los que efectivamente “*no se previeron*”.⁴²⁴

Por otro lado, hay que resaltar que el Código civil catalán, aunque se limita a regular el problema de los cambios sobrevenidos de circunstancias únicamente a partir de la imprevisión, parece colocar especial énfasis en las

⁴²⁴ PASTOR VITA se muestra reacio a la admisión de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a estos pactos porque considera que no hay circunstancia que no pueda ser prevista. PASTOR VITA, Francisco Javier, *cit.*, p. 54.

consecuencias que produzca el cambio de circunstancias. A este efecto, se rechazan criterios tan exigentes como los imperantes en sede general de *rebus sic stantibus*, tales como “*desproporción inusitada o exorbitante*”, “*fuera de todo cálculo*” y se remplazan por una norma que dispone que en estos casos basta demostrar que la aplicación de los términos del contrato tal como fueron pactados causaría un “*grave perjuicio*” a uno de los cónyuges.

Ahora bien, el criterio de grave perjuicio presenta la desventaja de que, por ser tan amplio, arroja dudas respecto a su alcance y producen inseguridad jurídica. Esta amplitud, en efecto, puede propiciar una mayor litigiosidad y, en el límite, desembocar en la revisión sistemática de los términos pactados, en detrimento del principio de autonomía contractual.

En ese sentido, pueden servir de referencia los *ALI Principles* que enumeran una serie de factores que los tribunales deben valorar para determinar si la decisión de forzar el cumplimiento de los términos pactados originalmente, tomando en cuenta las circunstancias de las partes en el momento del divorcio, causaría una “*injusticia sustancial*” a una de ellas.⁴²⁵

A la luz de la exposición anterior y por las razones que se esbozaron detalladamente en líneas previas, en mi opinión, en los casos en se pretenda dar solución al problema del cambio *imprevisible* de circunstancias, la naturaleza particular de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial aconseja una aplicación laxa la cláusula *rebus sic stantibus*. Ello implicaría adoptar un análisis subjetivo de la imprevisibilidad y demostrar

⁴²⁵ Sección 7.04 (3) de los *ALI Principles*, *cit.* Dichos criterios se exponen en la sección 2.2.3 del capítulo cuarto del presente trabajo.

que el cumplimiento del contrato de modo estricto, según los términos pactados, causaría un grave perjuicio a alguna de las partes, criterio que debe tener como guía si se apartan excesivamente de las reglas por defecto.

2.2.2 POSIBILIDAD DE DESCARTAR EL CRITERIO DE IMPREVISIBILIDAD

Por otro lado, otro ajuste a las doctrinas clásicas del Derecho de contratos formuladas para resolver problemas de imprevisión y cambio de circunstancias se manifiesta en diversas fuentes que rechazan el criterio de imprevisibilidad que opera tradicionalmente en este ámbito. Por ejemplo, en Suiza, la disposición legislativa pertinente se refiere a la necesidad de tomar en cuenta ante una pretensión de cumplimiento las “*circumstances subsequently arising*”. Por su parte, en Inglaterra, en *Radmacher v. Granatino* se estableció que debía reconocerse la eficacia de un acuerdo “*unless in the circumstances prevailing it would not fair to do so*”. En Nueva Zelanda la ley expresamente excluye el criterio de previsibilidad y en el análisis de si el acuerdo es eficaz como consecuencia del cambio de circunstancias únicamente requiere que se determine “*whether the agreement has become unfair or unreasonable in light of any change of circumstances since it was made (whether or not those changes were foreseen by the parties)*”.⁴²⁶

Por otro lado, cabe destacar que algunas jurisdicciones requieren que el cambio de circunstancias sea “material” o

⁴²⁶ SCHERPE, Jens M., *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective, cit.*, p. 508.

“sustancial”. Dicho tipo de requisito, a mi juicio, solo tiene una función explicativa que subraya la importancia evidente de que el cambio de circunstancias alcance cierto grado de intensidad para apartarse de lo pactado, lo que se alcanzaría con una interpretación obvia del requisito general de cambio de circunstancias.⁴²⁷

A lo anterior habría que añadir que algunos ordenamientos reconocen la facultad de los tribunales de revisar el contenido de los acuerdos cuando concurren determinados eventos específicos como el nacimiento de hijos o el paso de un determinado número de años desde que se otorgó el acuerdo. Por supuesto, este tipo de evento podría enmarcarse bajo el concepto general de “cambio de circunstancias” porque se trata del tipo de razones que con probabilidad produzcan cambio importante en la vida del matrimonio.⁴²⁸

2.2.3 REFLEXIONES ADICIONALES

A la luz de las acotaciones antes esbozadas, en esta etapa corresponde analizar la que, a mi juicio, es la propuesta mejor articulada y más sólidamente fundamentada en este ámbito, la contenida en los *ALI Principles*, que toman en cuenta problemas de imprevisión, así como otras circunstancias que justifican apartarse de lo pactado por las partes. En ese sentido, también se desvían de los principios generales del Derecho de contratos y lo hacen por razones similares a las que sus impulsores

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ SCHERPE, Jens M., *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective, cit.*, p. 507.

esbozan para justificar la exigencia de que se observen cautelas procedimentales especiales en la etapa precontractual. Así, la razón de política jurídica principal es evitar que, como consecuencia de que se ordene el cumplimiento de lo pactado, uno de los cónyuges quede sustancialmente desfavorecido económicamente tras el divorcio.⁴²⁹

A tenor de lo dicho, los *ALI Principles* proponen que solo se valore el cambio de circunstancias cuando concurren ciertos indicadores de que dicho cambio ha ocurrido y aún en estos casos únicamente procede el remedio excepcional de la modificación de lo pactado cuando el cumplimiento forzoso produciría una “injusticia sustancial”.

En concreto, se establece que para que los tribunales puedan ejercer la facultad de revisar los términos del acuerdo con el fin de determinar si su cumplimiento provocaría una “injusticia sustancial” es preciso que, de entrada, la parte perjudicada demuestre que ha ocurrido al menos una de las tres circunstancias que se enumeran a continuación.⁴³⁰

⁴²⁹ Comentarios a la Sección 7.05 de los *ALI Principles*, *cit.*

⁴³⁰ La Sección 7.05 (2) de los *ALI Principles* establece, en lo pertinente:

“...2) A court should consider whether enforcement of an agreement would work a substantial injustice if, and only if, the party resisting its enforcement shows that one or more of the following have occurred since the time of the agreement's execution:

(a) more than a fixed number of years have passed, that number being set in a rule of statewide application;

(b) a child was born to, or adopted by, the parties, who at the time of execution had no children in common;

La primera circunstancia es de carácter temporal. Se requiere que hayan transcurrido un número fijo de años, que habría de ser determinado por cada estado que adopte los *ALI Principles*. En ciertos supuestos el transcurso del tiempo podría constituir un buen indicador de probabilidad de cambio de las circunstancias.⁴³¹ No obstante, me parece que dicho requisito es solo un primer filtro, que se fija para excluir la revisión del contrato en los matrimonios de escasa duración en los que no se procrearon hijos.

La segunda circunstancia se refiere al nacimiento o adopción de hijos con posterioridad al otorgamiento del contrato. A mi modo de ver, dichas circunstancias podrían ser irrelevantes si a lo que reconducen es al tema del derecho de alimentos de los menores porque el mismo siempre ha de quedar amparado por constituir una materia de orden público familiar.⁴³² Ahora bien, me parece que sí son pertinentes si lo que implican es que es necesario analizar los cambios que se producen en la vida de cualquier

(c) there has been a change in circumstances that has a substantial impact on the parties or their children, but when they executed the agreement the parties probably did not anticipate either the change, or its impact.

(3) The party claiming that enforcement of an agreement would work a substantial injustice has the burden of proof on that question..."

⁴³¹ La aplicación de dicho criterio podría comportar que mientras más dure el matrimonio, menos probable será que lo pactado en un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial sea determinante en lo que respecta a las consecuencias económicas del divorcio.

⁴³² La Sección 7.06 de los *ALI Principles* establece que el derecho de alimentos de un hijo no puede verse afectado negativamente por un acuerdo matrimonial. Se trata de una materia en la que la autonomía privada es limitada.

matrimonio cuando vienen hijos, lo que a menudo comporta que los cónyuges reajusten sus respectivos roles. De hecho, al permitir la revisión del contrato si hay hijos, la ley está protegiendo a estos porque, por ejemplo, ello permitiría a uno de los padres cambiar su posición y dedicarse a ellos sin temor a los efectos que tendría para él, ante su nueva situación, que se cumpliera el acuerdo según pactado originalmente.

A mi juicio, las dos circunstancias que acabo de mencionar como justificantes para entrar a valorar el contenido de lo pactado reflejan un desapego al criterio tradicional de la imprevisibilidad como el determinante para resolver estos problemas, porque el transcurso de un número determinado de años y el nacimiento o adopción de hijos después del otorgamiento del contrato difícilmente pueden calificarse como eventos imprevisibles. Ello demuestra que se pone el acento, más que en la naturaleza del cambio de circunstancias, en sus efectos.

De hecho, en el propio preámbulo de los *ALI Principles* se indica que ante un problema de cambio sobrevenido en las circunstancias es importante formular criterios que tomen en cuenta la dificultad de prever en el momento de la perfección del acuerdo los eventos que pueden ocurrir con el paso del tiempo.⁴³³

La tercera y última circunstancia que contemplan los *ALI Principles* para justificar la revisión judicial de un acuerdo matrimonial es que ocurra un hecho imprevisible que tenga “un

⁴³³ Comentarios a la Sección 7.05 de los *ALI Principles*, cit.

impacto sustancial sobre las partes o sus hijos". De las tres circunstancias aludidas, esta es la única que atañe propiamente a la imprevisión. No obstante, cabe indicar que aun en este supuesto en el que los *ALI Principles* contemplan el criterio de imprevisibilidad propio del Derecho general de contratos, se introduce un criterio más laxo en lo relativo a las consecuencias que debe producir para justificar desviarse de lo pactado. En concreto, se prescinde del criterio tradicional de que el cambio imprevisto provoque una "desproporción" o "desequilibrio excesivo" en los términos contractuales y lo sustituyen por el criterio de "impacto sustancial".

No obstante, se aclara que el hecho de que concurren cambios imprevisibles que tengan un "impacto sustancial" no es suficiente para declarar la ineficacia del acuerdo. Hay que tomar en consideración, además, al igual que si concurre cualquiera de las dos primeras circunstancias, una serie de criterios para determinar si el cumplimiento de lo pactado provocaría una "injusticia sustancial".⁴³⁴ A tales efectos, el inciso (3) de la sección 7.05 de los *ALI Principles* establece los siguientes criterios de apreciación, que me parecen acertados, para auxiliar a los tribunales en el ejercicio de su facultad de enjuiciar el efecto de un cambio sobrevenido en las circunstancias. Los criterios son:

- i. comparar la magnitud de la disparidad existente entre a) las consecuencias de lo pactado y b) las reglas por defecto que se aplicarían en ausencia de pacto;

⁴³⁴ Sección 7.04 (3) de los *ALI Principles*, *cit.*

- ii. cuando se trata de matrimonios de corta duración, comparar cuál sería la situación de la parte contratante que reclama la eficacia del contrato si se ordenara su cumplimiento y cuáles serían sus circunstancias si el matrimonio nunca hubiera tenido lugar.
- iii. si la finalidad del acuerdo fue proteger a terceros, analizar si la misma continúa siendo relevante y si el acuerdo fue razonablemente diseñado para servir a ese propósito y, por último,
- iv. examinar el impacto de la aplicabilidad del acuerdo en los hijos.⁴³⁵

Finalmente, es preciso subrayar que, en cualquier caso, habrá que proceder con cautela para evitar la generalización de la ineficacia de estos contratos y prevenir que el cumplimiento estricto de un pacto *prima facie* reconocido como lícito llegue a ser la excepción y no la regla.

2.3 CAMBIOS SOBREVENIDOS QUE PRODUCEN LA CAÍDA DE LA BASE OBJETIVA DEL NEGOCIO

2.3.1 PLANTEAMIENTO

Existen otros supuestos en los que en un momento posterior a la celebración del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial

⁴³⁵ BIX, Brian H., "Premarital agreements in the ALI Principles of Family Dissolution", 8 *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2001, p. 231; CLISHAM, Michael R., "American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution, eight years after adoption: Guiding principles or obligatory footnote?", 42 *Family Law Quarterly*, 2008, p. 608.

sobrevienen circunstancias fuera del control de las partes que también pueden incidir sobre su eficacia. Me refiero ahora a aquellos supuestos en que se produce un cambio de tal magnitud —previsible o no—, en las circunstancias que la finalidad original del contrato queda alterada y, en consecuencia, el mismo parece llamado a regir una situación distinta de la que fue inicialmente concebida por los partes y respecto de la cual prestaron su consentimiento.

Podría argumentarse que en estos casos la relación jurídica quedó fijada al perfeccionarse el contrato y que, en consecuencia, sería irrelevante que haya dejado de conseguirse la finalidad del mismo cuando advienen nuevas circunstancias si estas eran previsibles. Por el contrario, en el otro extremo, es posible postular que siempre que ocurra un evento ajeno a la voluntad de las partes que frustre el propósito original del contrato cabe su modificación para adaptarlo a las nuevas circunstancias.

Con el fin de analizar esta cuestión, procede analizar la doctrina de la base objetiva del negocio, que puede servir de punto de referencia para proveer remedio a este tipo de problema cuando se suscite en el ámbito de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

2.3.2 LA DOCTRINA DE LA CAÍDA DE LA BASE OBJETIVA DEL NEGOCIO Y SU APLICACIÓN A LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL

Todo contrato supone una finalidad. En consecuencia, la referida finalidad tenida en cuenta en el momento del otorgamiento del contrato debería estar presente hasta su consumación y, en ocasiones, una alteración que la quebrante justifica la revisión contractual. Esta cuestión suele analizarse recurriendo a la *doctrina de la base objetiva del negocio*.⁴³⁶ La falta o desaparición de la base objetiva del negocio se daría si, por circunstancias no tenidas en cuenta por los contratantes, el contrato queda privado de su sentido. Concretamente, ello ocurre en supuestos en los que a consecuencia de un cambio de las circunstancias respecto de la situación existente al tiempo de otorgar el contrato, el cumplimiento queda considerablemente dificultado o se convierte en más gravoso para una de las partes. En tal caso, la extensión y el contenido de los derechos y obligaciones de los contratantes han de juzgarse de acuerdo con el sentido interno y la finalidad del negocio.⁴³⁷

Se trata, pues, de un problema de frustración del propósito contractual porque acontecimientos posteriores al otorgamiento del contrato que hacen que el cumplimiento de lo pactado no satisfaga los presupuestos y motivos de las partes que les llevaron a otorgarlo, por lo que no hay razón para cumplir lo pactado.⁴³⁸

⁴³⁶ Dicha doctrina fue propuesta en 1921 por el alemán Paul Otermann en una famosa monografía (*Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig und Erlangen) que publicó a raíz de la crisis económica alemana surgida tras el fin de la Primera Guerra Mundial. SALVADOR CODERCH, Pablo, "Alteración de circunstancias", *cit.*, 16.

⁴³⁷ SALVADOR CODERCH, Pablo, "Alteración de circunstancias", *cit.*, pp. 34 y ss.

⁴³⁸ La doctrina de la caída de la base del negocio suele equipararse e el concepto de "*frustration*" del *common law*. Como esboza SALVADOR CODERCH, "Alteración de circunstancias", *cit.*, p. 34, citando a TREITEL, G. H., "*la expresión*

En el Código civil español no existen reglas concretas que regulen las situaciones de caída de la base del negocio o de frustración de la finalidad del contrato. Por tanto, este tipo de problema se ha intentado enmarcar dentro de diversas teorías clásicas del Derecho de contratos.⁴³⁹ Así, por ejemplo, algunos autores entienden que si el cambio de las circunstancias provoca que la obligación se convierta en excesivamente onerosa esta se quedaría sin causa que la justifique. Otros opinan que en estos casos, de no resolverse o modificarse el contrato, se produciría un enriquecimiento sin causa. Por otra parte, otros autores han indicado que la petición del contratante a quien favorece el cambio de circunstancias de que el contrato se cumpla en los estrictos términos pactados es contraria a la buena fe o constituye un abuso de derecho. Finalmente, no falta quienes consideran que se configura un caso de fuerza mayor cuando el cambio de circunstancias hace que el cumplimiento

*“frustration” tiene cuatro usos: 1) Frustration of contract “refers to the whole doctrine of discharge by supervening events irrespective of the type of event which brings about discharge”; 2) Frustration of the adventure “refers to (...) to one particular cause of discharge (...) most commonly to cases in which performance has not become permanently impossible”; 3) Frustration of purpose refers “to cases in which there is no ‘impossibility’, even of temporary nature, in rendering the performance promised by each party: for example, to cases such as the coronation cases; 4) Frustrating breach “refers to the type of breach which is sufficiently serious to justify the victim’s rescission of the contract, in the sense that it gives the victim the option of refusing, on account of the breach, to perform his own part, and to accept further performance from the party in breach. Citas omitidas. TREITEL, G.H., *Frustration and Force Majeure*, Sweet and Maxwell, London, 1994, pp. 57 a 61.*

⁴³⁹ Algunos autores consideran que es al legislador a quien le corresponde valorar la postura específica que debe adoptarse en este supuesto y determinar cómo en estos casos debe distribuirse el riesgo entre los contratantes. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, cit., pp. 29 y 325.

del contrato sea convertida en muy gravoso para una de las partes.⁴⁴⁰

En el Derecho español particularmente, este tipo de problema se ha abordado sobre todo por medio de la tesis clásica de DE CASTRO Y BRAVO, quien recondujo la aludida doctrina de la base del negocio a la *doctrina sobre la influencia de la causa del negocio*. DE CASTRO acuñó la tesis de “la continuadora influencia de la causa”, cuya idea central es que la causa no se limita a controlar la autonomía privada en el momento de la celebración del contrato, sino que también influye sobre sus vicisitudes posteriores. Para dicho autor, un contrato deviene ineficaz cuando no puede alcanzarse el propósito común o resultado económico querido o pretendido por ambas partes. Considera, pues, que un contrato deja de tener causa cuando cae su base debido a que las circunstancias sobre las que se sostenía cambiaron de forma extraordinaria.⁴⁴¹

Por tanto, la doctrina de la influencia de la causa del negocio comporta que se reconozca a los tribunales, en circunstancias extraordinarias, la facultad de determinar cuál fue la intención común de los contratantes en el momento de otorgar el contrato y permite modificar judicialmente los términos pactados si su cumplimiento contravendría dicha intención originaria y desembocaría en un quebranto económico para una de las partes.⁴⁴²

⁴⁴⁰ Dicha exposición es el resumen del estado de la cuestión expuesto en ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo II, Volumen I (La obligación y el contrato en general) Bosch, Barcelona, 1989, pp. 485 y 486.

⁴⁴¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *cit.*, p. 313 y ss.

⁴⁴² SALVADOR CODERCH, Pablo, “Alteración de circunstancias”, *cit.*, nota 66.

Ahora bien, cabría preguntarse si, al igual que en los casos de imprevisión, también es recomendable ajustar o modificar los presupuestos de la teoría de la base objetivo del negocio — o de su correspondencia española, la doctrina sobre la influencia de la causa del negocio— habida cuenta de las características particulares de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

A mi modo de ver, no hay razón que impida postular la ineficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial cuando se ha producido la caída de la base o los presupuestos sobre los que el contrato se fundaba por causa de un cambio de circunstancias ajenas a las partes y fuera de su control.⁴⁴³

Creo esencial, sin embargo, exponer el interrogante de si en el ámbito de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial debería ajustarse la aludida doctrina para que la misma opere no solo cuando la caída de la base del negocio se produce por circunstancias externas, sino por voluntad de las partes. Esto ocurriría cuando, por ejemplo, ocurre una divergencia entre lo que el acuerdo suponía y el desarrollo de la convivencia matrimonial.

Un buen ejemplo de lo anterior sería el caso no infrecuente en el que se pacta que la esposa, previendo que se dedicará a ejercer una carrera profesional, renuncia a su derecho a una prestación compensatoria y en el curso de la convivencia matrimonial la

⁴⁴³En otro sentido, me parece que también podría invocarse la doctrina cuando ocurre, por ejemplo, un cambio sobrevenido de fortuna por razones ajenas a la voluntad del deudor que haga imposible pagar una indemnización fijada en el contrato. Véase, apartado 4.3 (b) del presente capítulo.

pareja decide que ella se dedicará exclusivamente a las labores domésticas y al cuidado de los hijos. En este caso cabría preguntarse si la renuncia pactada no merece quedar ineficaz en vista de que la convivencia alteró las bases sobre las que el acuerdo se otorgó o, lo que es lo mismo, se produjo una especie de “modificación voluntaria tácita” de lo pactado.

En ese sentido merece la pena analizar la SAP de Granada de 19 de mayo de 2001, que se aborda directamente dicha controversia. En este caso los cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes en capitulaciones otorgadas antes de celebrar el matrimonio. Además, incluyeron una cláusula conforme a la cual pactaron que en vista de que la separación o disolución del futuro matrimonio “*no produciría desequilibrio entre los cónyuges*”, estas no conllevarían el devengo de una pensión compensatoria.

En la referida sentencia, el tribunal, después de manifestar que la pensión compensatoria es un derecho renunciable, concluyó que las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del pacto eran muy distintas a las existentes en el momento de la ruptura porque la esposa había abandonado su trabajo para seguir a su marido en sus desplazamientos por razones laborales, circunstancia que, a juicio del tribunal, provocó que las bases del pacto desaparecieran. Por esta razón, estimó atendible la pretensión de reclamación de una pensión compensatoria.

El Tribunal tomó en cuenta, además, la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluyendo la dedicación al hijo de este durante un tiempo, el hecho de que la esposa carecía de

recursos y vivienda propios, que no tenía trabajo ni posibilidad inmediata de incorporarse al mercado laboral y que su estado psíquico no era satisfactorio. En concreto, resolvió:

*“Con la celebración del matrimonio el 7 de enero de 1992, los pactos capitulares adquirieron plena eficacia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1334 del CC, y, por ello, también la cláusula de renuncia recíproca a una futura pensión por desequilibrio económico. Se puede calificar como un pacto con vistas a una futura separación. En el momento en que se redactó la cláusula, los futuros cónyuges tenían sus propios ingresos al estar ejerciendo cada uno su profesión. Aun cuando este pacto vincula a ambos cónyuges, cuando la esposa presenta la demanda de separación solicita, no obstante, la pensión compensatoria, porque las circunstancias son, a su juicio, ahora muy distintas a las que sirvieron de base para pactar aquella cláusula. Es un hecho cierto, y además expresamente reconocido, que el marido trabaja para un empresa de laboratorios farmacéuticos como representante, por cuyo trabajo se veía obligado a desplazarse fuera de la capital, acompañándole su esposa. También es un hecho constatado, igualmente no negado por el marido, que la esposa, antes de casarse, trabajaba, dejando su trabajo al momento de casarse. Desde entonces, la esposa no ha realizado actividad profesional alguna, siguiendo a su marido en los distintos destinos laborales. Esta circunstancia ya es 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 art. 97 del CC. **Se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico**, tímidamente admitida en algunas resoluciones del TS (SS 30 junio 1948, 30 de diciembre*

1985 y 20 de abril 1994), que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento” (énfasis añadido).

Resulta pertinente indicar que en este caso el Tribunal recurrió a la doctrina de la base del negocio para declarar la ineficacia de la renuncia a la pensión compensatoria, en lugar de recurrir a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, porque el cambio sustancial de circunstancias no podía ser calificado de imprevisible, ya que se trataba de un abandono voluntario de la ocupación laboral.

A mi juicio, la decisión que se toma en la sentencia antes citada es cuestionable. A mi modo de ver, no está justificado desviarse de los términos contractuales pactados cuando el cambio de circunstancias se produce por decisión *voluntaria* de los cónyuges, independientemente de que la misma provoque la caída de la base del negocio. No hay que olvidar que en este caso el cambio de circunstancias fue propiciado por la propia esposa, al tomar la decisión —posiblemente de mutuo acuerdo con su esposo— de dejar de trabajar para dedicarse a las tareas del hogar, a pesar de haber suscrito, poco antes, el pacto de renuncia a la pensión compensatoria.⁴⁴⁴

En mi opinión, los términos contractuales deben ser respetados pese al cambio de circunstancias si dicho cambio fue provocado

⁴⁴⁴ Como bien apunta Martínez Escribano, “para que la convención hubiera quedado desprovista de eficacia por ese motivo, habría sido necesario, en realidad, un nuevo acuerdo, esta vez de mutuo disenso sobre el pacto de renuncia”. MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, “Consecuencias de la crisis”, *cit.*, p. 116.

por los propios cónyuges y estos han optado por mantener el acuerdo original sin modificarlo o revocarlo. Otra cosa es que el pacto de renuncia a la pensión compensatoria pueda ser ineficaz si el cónyuge perjudicado por el mismo no cuenta con suficientes medios para su adecuado sustento en el momento en que pretende su cumplimiento. Sin embargo, dicha ineficacia, si hubiera lugar a la misma, no estaría fundada en el cambio sobrevenido de las circunstancias o en la caída de la base del negocio, sino en la vulneración de los límites de la autonomía privada.

Como se ha sostenido en la doctrina, el deber de respetar ciertos principios de orden público económico en las relaciones familiares puede servir de fundamento a la declaración de ineficacia de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial. Esto puede producirse, particularmente, si el cumplimiento forzoso de un acuerdo implicaría que uno de los cónyuges quedara en una situación económica precaria, como se esbozará en detalle más adelante.⁴⁴⁵ De hecho ese parece ser el argumento que subyace en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada analizada anteriormente, ya que el Tribunal pareció conceder un peso importante al hecho de que la esposa carecía *“de medios suficientes para poder vivir independientemente, careciendo igualmente de vivienda propia, sin contar, en la actualidad, con un puesto de trabajo y tampoco con una proyección más o menos inmediata para incorporarse en el mundo laboral.”*

⁴⁴⁵MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 191; GINÉS CASTELLET, Núria, cit., nota 104.

De nuevo, en este tipo de casos lo que fundamentaría la ineficacia del pacto de renuncia no sería la doctrina de la base del negocio o la de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino el deber general de observancia del orden público.

3. EFICACIA CONTRACTUAL E INJUSTICIA

3.1 PACTOS QUE AFECTAN A TERCEROS Y NECESIDAD DE EVITAR EXTERNALIDADES NEGATIVAS

Como se indicó anteriormente, existen una serie de límites a la eficacia *ex post* de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial que tienen su origen en razones que no necesariamente están vinculadas al cambio de circunstancias o la caída de la base del negocio. Se trata de límites a la autonomía privada propios del Derecho de familia que rigen estos acuerdos no porque sean contratos, sino porque su contenido afecta a la familia, lo que justifica límites adicionales a los que provee el Derecho general de contratos.

En ese sentido, cabe indicar que, aunque se destaque la importancia creciente de la autonomía privada como fuente de reglamentación de las relaciones matrimoniales y familiares, la capacidad de los cónyuges para autorregular sus asuntos es mucho más limitada que en otros ámbitos.⁴⁴⁶

Los pactos en previsión de ruptura matrimonial no solo producen efectos entre los cónyuges, pero además puede producirlos respecto de terceros. El Estado debe prevenir que

⁴⁴⁶PAZ ARES, Ignacio, *cit.*, p. 117.

ello ocurra. Así, una de las razones de política jurídica familiar justificante de la ineficacia de estos acuerdos es evitar la producción de externalidades negativas.

Con dicho objeto, se han articulado diversos mecanismos de control *ex post* dirigidos a que se declare la ineficacia de aquellos pactos que no protejan adecuadamente los intereses de los hijos o que dejen a uno de los cónyuges desprovistos de medios para procurar su subsistencia, en perjuicio del peculio público.⁴⁴⁷

En consecuencia, en estos casos tendría preminencia la responsabilidad económica de los padres con respecto a sus hijos y el interés en proteger el peculio público, evitando que el Estado se haga cargo del sustento económico de una persona que puede ser cubierto por otra.

Dicho tipo de límites a la eficacia pueden derivar de fuentes — con fórmulas más o menos concretas— que regulan expresamente los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Sin embargo, como se verá, también es frecuente que la doctrina y la jurisprudencia resuelvan estas cuestiones recurriendo a reglas generales del Derecho de familia como, por ejemplo, la que reconoce el poder de los tribunales —una vez la ruptura se ha judicializado— de homologar únicamente aquellos acuerdos que no sean gravemente perjudiciales para el excónyuge o los hijos.

⁴⁴⁷ Consultation Paper, Law Commission, sección 7.17.

Ejemplo de la primera fórmula se manifiesta en muchas jurisdicciones de los Estados Unidos. Así, la doctrina y la jurisprudencia sobre este tema revelan que se ha desarrollado una tendencia de revisión y modificación de los términos de los acuerdos matrimoniales considerados “*unfair*” o “*disproportionate*”.⁴⁴⁸ La aplicación de dicho criterio en el ámbito de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial suele ser muy laxa y algunos tribunales estadounidenses lo han utilizado como fundamento para decretar la ineficacia de pactos de renuncia de derechos que dejan a una parte en una posición sustancialmente peor que aquella en la que se encontraría si el acuerdo no se hubiese otorgado.⁴⁴⁹

El uso de dicho tipo de criterio revela que a pesar de que en el discurso jurídico estadounidense se resalta que la autonomía privada ha triunfado resueltamente en este ámbito, lo cierto es que el Estado aún retiene la facultad de controlar significativamente las incidencias y consecuencias del matrimonio y del divorcio. Lo hace, no ya como en antaño cuando se reservaba la facultad de fijar por ley un régimen económico matrimonial único e inalterable, sino sujetando a los

⁴⁴⁸ Los tribunales han utilizado como fundamento para revisar los términos de los acuerdos la necesidad de que los mismos sean “*fair*,” “*just*,” “*equitable*,” “*proportionate*”. Véase, por ejemplo, *Eule v Eule* 320 NE2d 506 (1974); *Ranney v Ranney*, 548 P2d 734 (1976); *Matlock v Matlock*, 576 P2d 629 (1978); *In Re Marriage of Burgess* 485 NE2d 504 (1985); *Hengel v Hengel*, 365 NW2d 16 (1985); *Antuk v Antuk*, 387 NW2d 80 (1986); *Prell v. Silverstein*, 162 P.3d 2 (2007). GLENDON, Mary Ann, *Family Law Reform*, *cit.*, p. 1567.

⁴⁴⁹ Véase *Ferry v Ferry*, 586 SW2d 782 (1979); *Scherer v Scherer*, 292 SE2d 662 (1982); *Whitenton v Whitenton*, 659 SW2d 542 (1983); *Nedblake v Nedblake*, 682 SW2d 852 (1984); *Gant v Gant* 329 SE2d 106 (1985); *Bloomfield v. Bloomfield*, 723 N.Y.S.2d 143 (2001).

acuerdos en previsión de ruptura matrimonial a reglas especiales, referentes a la revisión y escrutinio judicial, ajenas al Derecho general de contratos.

Así pues, el reconocimiento del derecho de los esposos o futuros esposos a ejercer más control sobre su relación matrimonial a través de la admisión de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial al final ha de compaginarse con la injerencia estatal a través de los tribunales, que se han convertido en “moduladores” o “fiscalizadores” de la libertad de pacto en este ámbito.

Por otro lado y como indiqué anteriormente, otras fuentes se decantan por la adopción de reglas tomadas del Derecho de familia o de normas específicas de control *ex post* formuladas específicamente con la finalidad de prevenir que los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial perjudiquen a terceros.

a) Interés del Estado de proteger el peculio público

Se ha justificado que, como mínimo, estén sujetos a escrutinio y revisión judicial los términos económicos de los acuerdos matrimoniales si el cumplimiento de estos puede desembocar en que una de las partes se convierta en carga pública. En estos casos, desde la perspectiva del peculio público, es preferible que la obligación de sustento entre cónyuges continúe aún después de la disolución matrimonial. Como se verá, ello ha justificado que, en determinados supuestos, se determine que es ineficaz una renuncia a la pensión compensatoria o por desequilibrio económico, uno de los contenidos más comunes de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

Conviene recordar que el reconocimiento de una pensión compensatoria exige que exista una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los excónyuges, la que ha de ser apreciada en el momento en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal.⁴⁵⁰

La renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio no debería desplegar sus efectos, por ser contraria al orden público, cuando al dictarse la sentencia de divorcio el renunciante careciere de lo imprescindible para lograr un mínimo digno de subsistencia. En el Derecho español, precisamente algunos autores han afirmado que la pensión compensatoria reconocida en el artículo 97 del Código civil tiene una porción que es de carácter alimenticio o asistencial. Ello comporta que a tenor del artículo 151 del Código Civil español —que establece la irrenunciabilidad del derecho de alimentos— no cabe renuncia alguna, ni previa ni actual de la porción asistencial de la pensión, esto es, de aquello que sea indispensable para el sustento del excónyuge.⁴⁵¹

De manera que debe declararse la ineficacia de un pacto de renuncia a la pensión compensatoria cuando ordenar su cumplimiento comprometería la posibilidad de sufragar las

⁴⁵⁰ GASPAR LERA, Silvia, *cit.*, p. 1058.

⁴⁵¹EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria”, *cit.*, p. 4559 a 4560; MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, *cit.*, p. 176; GARCÍA RUBIO, María Paz, “Acuerdos prematrimoniales”, *cit.*, pp. 1672 y 1677. PASTOR VITA considera que no procede el control judicial de la eficacia de la renuncia a la compensación por desequilibrio si falta el juicio de la imprevisibilidad propio de la cláusula *rebus sic stantibus*. PASTOR VITA, Francisco Javier, *cit.*, p. 55.

necesidades básicas del cónyuge renunciante. En estos casos, el tribunal podrá modificar los términos pactados con la finalidad de subvenir al cónyuge necesitado y así corregir los efectos de la renuncia.⁴⁵²

En dichos términos se pronuncia el Código civil catalán que, a pesar de que admite expresamente los pactos previos de renuncia a la pensión compensatoria, el inciso (2) del art. 233.16 establece que “*no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor*”.

Por su parte, las legislaciones modelo estadounidenses que se han venido analizando en el presente trabajo contemplan reglas similares. Por ejemplo, la UPAA establece que un tribunal tiene la facultad de dejar sin efecto una cláusula de renuncia a una pensión y ordenar que una parte provea sustento económico a la otra, si con ello se evita que esta se convierta en beneficiaria de asistencia pública. De este modo, se utiliza el estado de necesidad como límite a la renuncia al aludido derecho.⁴⁵³

⁴⁵²En contra de dicha postura se expresa PASTOR VITA quien ha indicado: “*Otra cosa es que el juez, en la práctica, revistiéndose de unas funciones que legalmente no le corresponden, argumente con base en el art. 91 CC. Que tales acuerdos no tendrán fuerza vinculante y acuerde la concesión de la pensión, lo que puede ser considerado como una decisión comprensible, pero atentatoria contra la necesaria seguridad jurídica. Creemos, pues, que el juez, siendo como es la materia de pensión de derecho dispositivo o voluntario deberá respetar los acuerdos a que hayan llegado los interesados, limitándose a controlar que los pactos alcanzados no sean fruto de presiones, engaños o coacciones, debiendo abstenerse de inmiscuirse en los acuerdos alcanzados por los cónyuges de manera libre y meditada, dado que ellos son los que mejor conocen las necesidades y posibilidades.* PASTOR VITA, Francisco Javier, *cit.*, p. 55. En igual sentido, PINTO ANDRADE, Cristóbal, *cit.*, p. 112.

⁴⁵³ GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales”, *cit.*, nota 54.

En similar sentido se pronuncian los *ALI Principles*, los que proponen el remedio excepcional de la modificación de lo pactado no solo cuando ha ocurrido un cambio imprevisto de circunstancias, sino también cuando concurren otras circunstancias que comportarían que el cumplimiento forzoso de lo pactado produjera una “injusticia sustancial”.⁴⁵⁴

La *Law Commission* de Inglaterra, por su parte, propone expresamente que se adopte una regla que le confiera a los tribunales la facultad de revisar y modificar los pactos que no protejan adecuadamente a los hijos o deje al cónyuge en estado de dependencia de asistencia social.⁴⁵⁵

Por otro lado, como adelanté, otra forma en que la pueden manifestarse los aludidos condicionantes en sede familiar es recurrir como punto de referencia a la arraigada norma de Derecho de familia que establece que una vez la ruptura se ha judicializado los tribunales no han de homologar los acuerdos que sean gravemente perjudiciales para el excónyuge o los hijos. Por ejemplo, con dicha finalidad, el artículo 90.2 del Código civil español condiciona la aprobación judicial del convenio regulador a que sus disposiciones no sean dañosas “*para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.*”⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ Comentarios a la sección 7.05 de los *ALI Principles*, *cit.*

⁴⁵⁵ Consultation Paper, Law Commission, sección 7.16, *cit.*

⁴⁵⁶ Para Rebolledo Varela, el único límite que habría de imponerse a la eficacia de las renunciaciones sería la existencia de algún vicio del consentimiento o un posible cambio de circunstancias sobrevenidas. Véase REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *cit.*, p. 742.

Si se limita la eficacia de lo acordado en un convenio regulador, el interrogante es si debe operar el mismo resultado cuando se trata de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial. A mi juicio, la respuesta debe ser afirmativa. Si a los tribunales se le reconoce la facultad de determinar la ineficacia de un acuerdo en el momento de la crisis, *a fortiori*, debería reconocerse la misma facultad cuando las partes pactan sobre dichos extremos anticipada y contingentemente.⁴⁵⁷

Una forma de abordar la cuestión podría ser que en estos casos el acuerdo en previsión de ruptura matrimonial sea considerado una especie de “convenio regular preventivo”. De manera que deba presentarse como tal para su aprobación judicial en caso de una de las partes lo solicite. Después de todo, este tipo de pactos, aunque se otorguen antes de la crisis o de la judicialización de la crisis, no dejan de ser “*adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio*”.⁴⁵⁸

En consecuencia, opino que lo pactado en un acuerdo de previsión de ruptura matrimonial debe quedar sujeto a un régimen parecido al establecido para el convenio regulador; esto es, llegado el momento del cumplimiento, el tribunal debe comprobar que el contenido del acuerdo no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.⁴⁵⁹ Así, la revisión judicial incluiría analizar con dichos fines cualquier

⁴⁵⁷FERRER I RIBA, JOSEP, “Marital agreements and private autonomy in Spain”, en SCHERPE, Jens M., *Marital agreements, cit.*, p. 364.

⁴⁵⁸ GASPAR LERA, Silvia, *cit.*, pp. 1055 a 1056.

⁴⁵⁹ *Ibíd.*

tipo de acuerdo otorgado por las partes, independientemente del momento en que su perfeccionamiento haya tenido lugar.

En ese sentido, es pertinente indicar que autores como JOAN EGEA postulan la necesidad de que el Derecho ejerza “*una función reequilibradora*” en aquellos casos concretos en que una situación de falta de paridad entre los cónyuges justifique el amparo de la parte más frágil de la relación. Así, a juicio de dicho autor no debe reconocerse la eficacia de pactos “*que llevan a imaginar una situación de abuso de poder o de déficit democrático*”.⁴⁶⁰ El mismo autor indica que la ley lo que en realidad pretende es que los cónyuges divorciados no queden sin medios económicos. Se trata, pues, de “*un mínimum de tutela jurídica que no puede derogarse por autonomía privada*”.⁴⁶¹

En conclusión, los problemas antes reseñados podrían atacarse mediante la adopción de un marco normativo que permita el control judicial para ejercer una función de equidad correctiva.⁴⁶² Por supuesto, en aquellos casos en que en el momento del cumplimiento ambas partes tuvieran recursos propios para satisfacerlas, el tribunal no debería entrar a revisar y mucho menos a modificar los términos pactados.⁴⁶³

⁴⁶⁰ EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria”, *cit.*, p. 4559 a 4560.

⁴⁶¹ *Ibíd.*, p. 4555.

⁴⁶² GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales”, *cit.*, p. 1672 y 1677. En Estados Unidos opinan lo mismo, entre otros, BROD, Gail Frommer, *cit.*, p. 229 y ATWOOD, Barbara Ann, “Ten years later: lingering concerns about the Uniform Premarital Agreement Act”, 19 *Journal of Legislation*, 1993, p. 127.

⁴⁶³ PAZ-ARES, Ignacio, *cit.*, p. 135; GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales”, *cit.*, p. 1672 y 1677.

b) Interés del Estado de proteger a los hijos

En este punto, corresponde brevemente hacer alusión a otra norma de Derecho de familia que sirve de guía para analizar la eficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Me refiero a al carácter de orden público que se le otorga a la normativa que se ocupa de los deberes paterno-filiales.

Resulta pertinente indicar que no todas las materias relativas a los menores deban quedar fuera del ámbito de la libertad de pacto de los cónyuges. De hecho, de ordinario, los asuntos relativos a los hijos constituyen materias sobre las que la ley requiere que los cónyuges se pronuncien en los pactos que se otorgan cuando la crisis se ha judicializado. Ahora bien, en estos casos se requiere que los tribunales intervengan si los mismos son perjudiciales para los menores.

A mi juicio, si se reconoce a los padres, aunque con ciertos límites, la facultad de tomar decisiones con respecto a sus hijos en momentos de crisis, me parece que, en principio, deberían admitirse los acuerdos preventivos sobre esos extremos. No obstante, estos pactos tampoco deberían producir sus efectos hasta su eventual revisión judicial.⁴⁶⁴

Cabe señalar que existen ordenamientos en los que se aborda de manera más explícita la cuestión. Por ejemplo, el inciso (5)

⁴⁶⁴ Lo mismo podría decirse concluirse con respecto a las pensiones alimenticias a favor de los hijos. A pesar de que, evidentemente, no cabe renuncia ni transacción sobre dicho derecho de los hijos, podría admitirse, sujeto a revisión judicial, pactos a tenor de los cuales los cónyuges fijen unos criterios con arreglos a los cuales se pueda determinar, por ejemplo, la cuantía de la pensión.

del artículo 233-5 del Código civil catalán establece que “los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento.”

Por otro lado, en Inglaterra, a partir del caso de *Radmacher v Granatino*, impera la regla de que un acuerdo no puede afectar a los hijos de los cónyuges.⁴⁶⁵ La *Law Commission* considera, por tanto, que debe adoptarse una norma similar a la que rige en el ordenamiento catalán.⁴⁶⁶

Por otra parte, en los Estados Unidos, la sección 3 (b) de la *UPAA* y la sección 7.06 de los *ALI Principles* establecen que “el derecho de alimentos de un hijo no debe verse afectado negativamente por un acuerdo”, aunque no aluden a otro tipo de cláusulas que afectan directamente a los menores, como las relativas a su guarda y custodia. Sin embargo, es interesante que el *Restatement Second of Contracts* establezca que los pactos referentes a la custodia de los menores de edad vulneran el orden público a menos que “sirvan el mejor interés del menor”. Con ello viene a decir que la eficacia de estos pactos estará sujeta a revisión judicial.⁴⁶⁷

Por otro lado, la sección 10 de la *UPMAA* establece que son ineficaces los pactos que *afecten adversamente* el derecho de

⁴⁶⁵ [2010] UKSC 42.

⁴⁶⁶ Consultation Paper, Law Commission, *cit.*, sección 8.10.

⁴⁶⁷ *Restatement of Contracts*, *cit.* § 191.

alimentos del menor o definan los derechos o deberes de “*custodial responsibility*” de los padres con respecto a sus hijos.⁴⁶⁸

En cualquier caso, queda claro que todas las decisiones que afecten a los hijos deben pasar por el filtro de la revisión judicial.

3.2 PACTOS QUE RESTRINGEN LA LIBERTAD DE SALIR DEL MATRIMONIO

3.2.1 RESTRICCIONES DIRECTAS: PACTOS QUE LIMITAN LAS CAUSAS DEL DE DIVORCIO

No está sujeto a debate que es nulo un acuerdo que suprima, sin más, el derecho a solicitar el divorcio. El interrogante que interesa abordar en este punto es si los cónyuges pueden restringir la libertad de salir del matrimonio, supeditándola a que concurran las causas taxativamente fijadas por ellos en un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.

Con respecto a este punto, las referencias en el Derecho europeo son muy escasas. De hecho, en Inglaterra, en el Informe de la *Law Commission* se descarta, sin fundamentos y sin ulterior análisis, la admisibilidad de cualquier pacto que restrinja las circunstancias en las que puede solicitarse el divorcio.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ En el inciso (a) de dicha sección de la *UPMAA* se define el concepto de “*custodial responsibility*” como “*physical or legal custody, parenting time, access, visitation, or other custodial right or duty with respect to a child*”.

⁴⁶⁹ Sección 5.13, *Consultation Paper*, cit. p. 72.

En la doctrina española hay quien sostiene la admisibilidad de los pactos en virtud de los cuales se limitan las causas de divorcio por entender que los mismos no comportan una vulneración del orden público, no contravienen una norma fundamental, ni suprimen el derecho a instar el divorcio.⁴⁷⁰

No puedo estar de acuerdo con esta posición. Es mucho más sólida la de la doctrina mayoritaria que establece que los cónyuges no pueden establecer contractualmente un catálogo de causas para el divorcio no contempladas en la ley, ya que ello constituiría una forma indirecta de coartar el derecho fundamental de no permanecer casado si no se quiere y el principio de que la voluntad de cada uno de los cónyuges es el factor determinante para la permanencia de la unión conyugal. En consecuencia, las causas por las que se puede instar el divorcio constituyen una materia indisponible para las partes. Así, coincido con los que sostienen que cualquier pacto que restrinja o modifique de algún modo la operatividad de las causas legales de divorcio debe reputarse nulo, por traspasar los límites de la autonomía privada de los cónyuges.⁴⁷¹

La finalidad de las legislaciones modernas de limitar la injerencia del Estado en las relaciones conyugales se desvirtuaría si se permitiera que las partes, por vía contractual,

⁴⁷⁰ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal”, *ECONOMIST & IURIST*, año XVI, 2008, pp. 19 a 20.

⁴⁷¹LÓPEZ MARCO, Pilar, “Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 37, 2007, p. 60; GASPAR LERA, Silvia, *cit.*, p. 1052; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, *cit.*, p. 3; MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *cit.*, p. 92; SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *cit.*, p. 33; GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.*, pp. 2606 y 2607; PAZ-ARES, Ignacio, *cit.* p. 140.

exigieran que los tribunales dilucidaran las causas la ruptura del vínculo matrimonial. Si se reconociera eficacia a estos pactos ello podría comportar el que una persona tenga que permanecer casada en contra de su voluntad, lo que, indudablemente vulneraría los valores de libertad y el libre desarrollo de la personalidad en los que precisamente se ancla el régimen de divorcio sin culpa.⁴⁷²

Nuevamente, a modo comparativo, en los *ALI Principles*, el texto de *soft law* más importante sobre los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, esta cuestión se aborda directamente. Sin lugar a equívocos, los *ALI Principles* también se muestran tajantes en cuanto a la inadmisibilidad del aludido tipo de pacto. Así, a pesar de que los referidos principios se caracterizan por reconocer amplia autonomía a los cónyuges para pactar las consecuencias de la ruptura, la sección 7.08 excluye expresamente la posibilidad de pactos “*que limiten o amplíen las causas de divorcio contempladas en la ley*”.⁴⁷³ Precisamente se ha indicado que dicha prohibición abarca pactos en los que los cónyuges se comprometen a no instar el divorcio salvo que el otro cónyuge otorgue su consentimiento o concurran las causas fijadas expresamente en el contrato.⁴⁷⁴

⁴⁷² MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, *cit.*, p 90.

⁴⁷³La sección 7.08 de los *ALI Principles* establece que “*A term in an agreement is not enforceable if (1) it limits or enlarges the grounds for divorce otherwise available under state law...*”. La sección 10b (3) de la *UPAA* del 2012, *cit.*, establece una norma similar, ya que dispone expresamente que los cónyuges no pueden pactar un acuerdo que modifique las causas que establece la ley para solicitar el divorcio.

⁴⁷⁴Acerca de la posibilidad de reconocer eficacia a este tipo de contratos, véase RASMUSEN Eric y STAKE, Jeffrey Evans, *cit.*, p. 453; SCOTT, Elizabeth S. & SCOTT, Robert E., “A contractual theory of marriage” en *The fall and rise of*

Por último, amerita subrayar que discrepo del argumento que apunta a que la configuración prevaleciente del divorcio perjudica a las mujeres y que, en consecuencia, los pactos que limitan las circunstancias para solicitar al divorcio les favorecen. El argumento concreto es el que sigue: cualquier norma o pacto que dificulte o reduzca la posibilidad de divorcio favorece a las mujeres porque estas son las que todavía con más frecuencia hacen inversiones en una relación y en una familia —crianza de hijos y desempeño de labores domésticas— que no son compensadas adecuadamente en el momento del divorcio.⁴⁷⁵

A mi juicio, la referida justificación para admitir este tipo de pactos quiebra ante la realidad —al menos en los Estados Unidos—, de que bajo el sistema actual las mujeres presentan más demandas de divorcio que los hombres. De hecho, aún en la etapa en la que coexistían el divorcio culposo y el no culposo, la mayoría de las mujeres, aún en los casos en los que hubieran podido aducir una causa de culpabilidad, optaban por el segundo tipo de divorcio, a fin de evitar ventilar y probar ante un tribunal asuntos íntimos de la pareja.⁴⁷⁶

freedom of contract (F. H. Buckley, editor), Duke University Press, Durham y Londres, p. 201, 1999.

⁴⁷⁵ Véase COHEN, Llyod R., "Marriage: The long-term contract" en *The law and economics of marriage and divorce* (editado por DNES, Antony W. y ROWTHORN, Robert), Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, pp. 10 y ss; RASMUSEN Eric y STAKE, Jeffrey Evans, *cit.* p. 453; SCOTT, Elizabeth S. & SCOTT, Robert E., "A contractual theory of marriage", *cit.* 201.

⁴⁷⁶ BRINIG, Margaret F. & ALLEN, Douglas W., "These boots are made for walking: Why most divorce filers are women", *2 American Law & Economics Review*, 2001, p. 126.

Todo ello arroja dudas acerca de si verdaderamente protegería a las mujeres la admisión de pactos que limiten el derecho a solicitarlo a que ocurra alguna de las causas culposas fijadas taxativamente por los cónyuges.

En cualquier caso, a mi modo de ver, para que los cónyuges puedan voluntariamente restringir la facultad de solicitar el divorcio a que concurren determinadas causas tendría que la propia ley contemplar esa posibilidad, de modo similar a como sucede en algunos estados de los Estados Unidos en donde se reconocen los llamados “*covenant marriages*”. En dichos estados la *ley expresamente* permite a los cónyuges optar por uno de dos tipos de matrimonio, a saber: i) el matrimonio en el que se reconoce a cada cónyuge la libertad de entablar el divorcio cuando así lo desee o ii) el “*covenant marriage*”, una especie de “matrimonio reforzado”, en el que el divorcio solo es posible si concurren ciertas causas de cierta trascendencia enumeradas en la ley, como, por ejemplo, el maltrato, el abandono, la infidelidad, la adicción a drogas o la comisión de delitos graves.⁴⁷⁷

En consecuencia, bajo dicho modelo legislativo es posible optar entre cualquiera de los referidos tipos de matrimonio, cada uno con causas diferentes de divorcio. Dicho modelo difiere de los pactos privados que hemos venido analizando porque este es producto de una determinación del legislador que ha querido conferir a cada pareja la posibilidad de acogerse a diferentes tipos de matrimonio en función de su particular concepción del

⁴⁷⁷Solo tres estados, Arkansas, Arizona y Luisiana, han aprobado leyes de “*covenant marriages*”. Véase La. Rev. Stat. § 9:273 (2008); Ariz. Rev. Stat. § 25-901(2008) y Ark. Code Ann. § 9-11-801 (2007).

mismo. Las leyes que reconocen los “*covenant marriages*” presentan, pues, la peculiaridad de que reconocen explícitamente a los cónyuges la facultad de restringir las causas de divorcio.⁴⁷⁸

La referida posibilidad de optar por dos tipos de matrimonio, caracterizados fundamentalmente por distintas regulaciones de las causas de divorcio, no se contempla en el Derecho europeo. Incluso cabe subrayar que esa posibilidad tampoco está disponible en la abrumadora mayoría de las jurisdicciones norteamericanas que no han aprobado leyes de “*covenant marriages*”, ni admiten los pactos que permiten a los cónyuges establecer las causas por las que pueden solicitar el divorcio.

3.2.2 RESTRICCIONES INDIRECTAS: PACTOS CUYAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS COARTAN DE HECHO LA FACULTAD DE PEDIR EL DIVORCIO

En este punto cabe preguntarse la operatividad de los pactos que imponen la obligación de pagar determinada cantidad de dinero u otra prestación económica cuando el divorcio se produzca.

A diferencia de los supuestos analizados anteriormente, estos pactos contemplan una indemnización que iría vinculada exclusivamente al mero hecho de romper el compromiso de

⁴⁷⁸ Para un análisis de la constitucionalidad de las leyes que reconocen los “*covenant marriages*”, véase NICHOLS, Gary, “Covenant marriage: Should Tennessee join the noble experiment?”, 29 *University of Memphis Law Review*, 1999, pp. 442 a 443; WHITE, Kimberly Diane, “Covenant marriage: An unnecessary second attempt at fault-based divorce”, 61 *Alabama Law Review*, 2010, p. 877.

vida en común. Como bien los describe MARTÍNEZ ESCRIBANO, dichos pactos equivaldrían, en cierta medida, a “*ponerle un precio a la ruptura*”, de manera que solo se instaría el divorcio cuando el afectado diera a este un valor superior a la cuantía que representa la indemnización.⁴⁷⁹

Me planteo, pues, la cuestión de la eficacia de las cláusulas que establecen compensaciones económicas —no directamente asociadas al incumplimiento de los deberes matrimoniales—⁴⁸⁰ que pueden interpretarse como indemnizaciones de importe predeterminado y, en este sentido, como cláusulas penales en sentido amplio.

Cabe aclarar, en primer lugar, que me parece que, salvo en el caso de una desproporción sustancial, será difícil objetar aquellas cláusulas en las que se pacta la forma en la que se repartirán los bienes acumulados durante el matrimonio.⁴⁸¹ En cambio, parecen más objetables las cláusulas en virtud de las que se pacte una indemnización que ha de pagarse en el momento del divorcio, pues ello implica comprometer de antemano bienes que no se tienen. En consecuencia, estas sí podrían afectar la libertad de salir del matrimonio o dejar a una persona desprovista de medios económicos. Por tanto, en este

⁴⁷⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales, cit.*, p 92.

⁴⁸⁰ Frecuentemente la causa de la ruptura es el incumplimiento de uno de los deberes conyugales por parte de uno de los cónyuges y ante ello, el otro, en reacción, presenta el divorcio. Por tanto, el incumplimiento del deber matrimonial se sanciona con la facultad de instar el divorcio pero esta cuestión no trasciende en el pleito.

⁴⁸¹ Con todo, el elemento de “*fairness*” será influyente en el momento de enjuiciarse estos pactos.

ámbito me parece que es razonable que el Derecho reaccione, a través de mecanismos que eviten estos resultados.⁴⁸²

Con todo, este tema plantea dilemas para los que es muy complejo adoptar una posición categórica por existir argumentos de peso a favor y en contra de la admisibilidad de los referidos pactos indemnizatorios. Ello se percibe en la doctrina española, que es bastante conflictiva sobre el particular.

Algunos autores consideran que dicho tipo de pactos contraviene el orden público y que constituyen una forma de penalizar a un cónyuge por instar el divorcio, lo que constituiría una restricción inadmisibile al ejercicio del derecho a no permanecer casado.⁴⁸³ El argumento aquí es similar al esbozado antes, a saber: el derecho de los cónyuges a terminar el matrimonio no debe ser sometido a mayores restricciones que las que dispone el ordenamiento y la imposición de límites a la libertad personal de cada individuo no queda justificada por el principio de la autonomía privada.⁴⁸⁴

Cabe destacar que, a diferencia de otros pactos que inciden en la facultad de instar el divorcio, la eficacia de estos pactos es admitida por un sector amplio de la doctrina. Así, se argumenta que tales pactos no alteran las bases esenciales del sistema matrimonial, ni atentan contra el principio de libertad de los

⁴⁸² SCHERPE, Jens M., *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, *cit.*, p. 508 y ss.

⁴⁸³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *cit.* p. 19; GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.*, p. 104; PAZ-ARES, Ignacio, *cit.*, p. 140.

⁴⁸⁴ GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.*, p. 1047.

cónyuges a disolver el matrimonio, por tratarse de cláusulas penales que cuantifican anticipadamente una indemnización, quedando la misma sujeta a la facultad moderadora de los tribunales.⁴⁸⁵

La idea de fondo es que no puede juzgarse la ineficacia de un pacto por el hecho de que imponga el pago de compensaciones a quien solicita el divorcio. Aunque a primera vista un pacto de este tipo podría parecer una limitación inadmisibile a la libertad de salida del matrimonio, cualquier contrato que imponga el pago de compensaciones implica una restricción a la libertad del deudor, aunque no se imponga dicho pago “por pedir el divorcio” sino por el hecho de que el divorcio llegue a producirse. Lo que procede es analizar el contenido concreto del pacto de que se trate y determinar si coarta irrazonablemente la libertad de salida del matrimonio.

Precisamente, para valorar la cuestión de la eficacia de este tipo de acuerdos resulta interesante analizar la SAP de Almería de 17 de febrero de 2003,⁴⁸⁶ la única, salvo error u omisión, que se ha pronunciado al respecto y que constituye una de las fuentes citadas por quienes consideran que dichos pactos son ineficaces.

⁴⁸⁵GARCÍA RUBIO, María Paz, “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia”, *Nuevos retos de Derecho de familia, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar*, Documenta universitaria. Universidad de Girona, 2004, pp. 99 y; ss.; MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales, cit.*, pp. 91 a 97; PAZ-ARES, Ignacio, *cit.*, p. 14.

⁴⁸⁶ (AC 2003/623).

En este caso una pareja suscribió unas capitulaciones matrimoniales en las que el marido se obligó, en caso de que cesara la convivencia, a indemnizar con determinada cantidad de dinero a su esposa siempre que hubiera transcurrido el primer año de convivencia. Dicha cantidad se incrementaría progresivamente en función de los años de duración de convivencia. Se estipuló que ello era *“sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil, a la necesidad de aprobación judicial y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el art. 97 del citado texto legal.”*

El marido puso fin a la convivencia e interpuso la demanda de divorcio y la esposa reclamó la indemnización pactada. El juez de primera instancia declaró que la referida estipulación era nula. Concluyó que era contraria al orden público matrimonial, a las buenas costumbres, a la moral y a la ética social, pues penalizaba al que interesaba el cese de la convivencia conyugal. La Audiencia ratificó el pronunciamiento de instancia en lo relativo a la nulidad del acuerdo. Sin embargo, el fundamento que utilizó no fue que la estipulación en cuestión era contraria al orden público, sino que la misma limitaba la igualdad de los cónyuges. Concluyó el tribunal que dicha igualdad *“se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual”*.

Según el criterio de la Audiencia, la estipulación por un lado, parecía valorar la convivencia conyugal y, por otro lado,

imponía una cláusula penal para salvaguardar los intereses económicos de un cónyuge y a la vez disuadir al otro del cese de la convivencia, toda vez que *“el cónyuge beneficiado con la estipulación podría optar entre la convivencia o la indemnización, que a medida que transcurriera el tiempo, sería mayor de la tal modo que la cláusula se convertiría en un aliciente para el beneficiario de la misma y un elemento disuasorio del cese de la convivencia para al otro”*.

GARCÍA RUBIO, autora que favorece la admisibilidad de este tipo de pactos, critica dicha sentencia, que califica como exponente de *“un gran paternalismo judicial”*. En concreto, indica que *“la consideración de que la pena convencional pactada para el caso de separación limita el implícito derecho constitucional a separarse del obligado al pago de la pena no sólo olvida que la declaración de nulidad de la cláusula puede impedir el, este sí, derecho constitucional expreso a contraer matrimonio de quienes deseen hacerlo pero con acuerdos prematrimoniales del tipo descrito, sino que, sobremanera, es falsa y equívoca, pues el esposo obligado tendrá tanto menos que pagar cuanto antes se separe, lo cual, al contrario de lo dicho por la Audiencia, más que impedir, le induciría a la pronta separación. Pero es que, además, cuando alude al enorme montante que puede alcanzar la indemnización, el Tribunal también olvida la capacidad moderadora que el juez tiene en este tipo de cláusulas penales, conforme a lo dispuesto por el artículo 1154 del Código Civil para los contratos más clásicos, y que puede tener perfecta aplicación, directa o analógica, en el caso que nos ocupa”*.⁴⁸⁷

⁴⁸⁷ GARCÍA RUBIO, María Paz, "Los pactos prematrimoniales", *cit.*, p. 1670.

A mi modo de ver, del tipo de pronunciamiento que se esboza en la referida sentencia no puede deducirse que los acuerdos que contemplen una indemnización vinculada al hecho de solicitar el divorcio sean ineficaces. No me parece que debe declararse, sin más, la ineficacia de los acuerdos en los que se pactan compensaciones de índole económica en la eventualidad de que el divorcio llegara a producirse.

Opino que este tipo de pacto sería ineficaz cuando sea imposible para el cónyuge que quiera divorciarse afrontar el pago al que se hubiese obligado contractualmente porque ello sí supondría privarle *de facto* de su derecho a no permanecer casado. Así pues, es esencial que la cuantía fijada en concepto de indemnización pueda ser asumida en el momento de la ruptura.⁴⁸⁸

Asimismo, constituiría otra forma de privar *de facto* el derecho a solicitar el divorcio que se imponga una indemnización muy elevada, a tal punto que para el cónyuge beneficiario representaría un estímulo para poner fin al matrimonio y para el obligado una barrera fáctica al ejercicio de su facultad de solicitar el divorcio.⁴⁸⁹

Otra cuestión importante que es preciso considerar es cómo la configuración de la indemnización podría afectar el principio de la igualdad de los cónyuges. En ese sentido, a mi juicio, un pacto de este tipo pacto también sería ineficaz si el derecho a solicitar

⁴⁸⁸ GASPAR LERA, Silvia, *cit.*, pp. 1054 y 1055; MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales, cit.*, p 93; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, *cit.*, p. 4.

⁴⁸⁹MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales, cit.*, pp. 93 a 95; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, *cit.*, p. 4.

el divorcio resulta más gravoso para un cónyuge que para el otro. Ello podría ocurrir cuando la situación económica de los cónyuges sea diferente, lo que podría conllevar que una misma indemnización pudiera comportar un gran esfuerzo económico para una parte y, sin embargo, no para la otra.⁴⁹⁰

Ahora bien, resulta pertinente aclarar que en caso de que la situación económica de los cónyuges sea distinta, el principio de igualdad de los cónyuges no comportaría necesariamente que la indemnización a pagar tenga que ser idéntica para ambos cónyuges o que la referida obligación deba ser recíproca.⁴⁹¹ De nuevo, la clave es tener en cuenta, como condición para la eficacia de esta indemnización, la situación económica de cada cónyuge en el momento del divorcio. Lo fundamental es que el ejercicio de la facultad de instar el divorcio no resulte mucho más gravoso para un cónyuge que para el otro.⁴⁹²

Dicho de otro modo, en caso de disparidad económica, si se reconociera un derecho de indemnización igual para ambos, la

⁴⁹⁰Ibídem.

⁴⁹¹ Aquí, toca aquí hacer alusión, analógicamente, a la previsión que alberga el artículo 231-20 del Código civil catalán, en su tercer párrafo, que establece que cualquier pacto por el que se excluyan o limiten derechos de los cónyuges debe ser recíproco. Con respecto al requisito de reciprocidad, que también parece responder a la exigencia de igualdad de los cónyuges, se ha dicho que no se refiere a una igualdad cuantitativa en la aplicación de porcentajes de participación en las ganancias, rentas e ingresos, sino que lo que se pretende es evitar casos extremos de desigualdad aplastante y proteger a la parte débil de la relación. SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *cit.*, p. 350.

⁴⁹²GASPAR LERA, Silvia, *cit.*, p. 1055; ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, *cit.*, p. 93.

posición de cada uno de los cónyuges con relación a su facultad de instar el divorcio sería desequilibrada y se vulneraría la libertad de divorciarse.⁴⁹³

Ahora bien, también es plausible concluir que en caso de disparidad económica pudiera admitirse que la obligación únicamente se imponga al cónyuge con más recursos, siempre que ello sirva para reequilibrar el desequilibrio existente entre los cónyuges y conlleve que la ruptura sea menos costosa para quien goza de mejor situación económica.⁴⁹⁴

La consecuencia fundamental de todo lo antes dicho es que en este ámbito la libertad de los cónyuges de regular este aspecto de la ruptura debe estar sujeta al control judicial. En ese sentido, este tipo de indemnización puede configurarse como una cláusula penal —en la medida en que las partes cuantifican la indemnización antes de que se produzca el incumplimiento— que quedaría sometida a la facultad moderadora del tribunal, el que habrá de tener en cuenta los factores discutidos anteriormente.⁴⁹⁵

Resulta interesante esbozar que en los Estados Unidos se ha generalizado la concepción de que estos pactos indemnizatorios

⁴⁹³ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 95.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*

⁴⁹⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 96; PAZ-ARES, Ignacio, cit., p. 139; GARCÍA RUBIO, María Paz, "Los pactos prematrimoniales", cit., p. 1670. En el Derecho español, dicha capacidad moderadora de las cláusulas penales se reconoce en el artículo 1154 del Código civil.

son ineficaces.⁴⁹⁶ Por ejemplo, la Sección 7.08 de los *ALI Principles* establece que son ineficaces los acuerdos que de cualquier forma penalicen a la parte que solicite el divorcio,⁴⁹⁷ lo que sus redactores sugieren que opera cuando los cónyuges pactan el tipo de cláusula indemnizatoria a la que me he referido antes.⁴⁹⁸ Este criterio es bastante vago en la medida que de algún modo todos los pactos que impliquen obligaciones de pago a cargo de quien pide el divorcio imponen a este una penalidad o una consecuencia económica negativa.⁴⁹⁹

Por último, aunque los posibles contenidos son muy diversos, es oportuno hacer referencia breve a un incipiente tipo de pacto. Me refiero a aquel en el que la indemnización por la ruptura no contempla una cuantía fija, sino que las partes pactan que consista en una cantidad variable, determinada a base, por ejemplo, de la duración del matrimonio. Otra vez estamos ante una problemática delicada. Me parece que si la indemnización

⁴⁹⁶ Para un compendio de dicha jurisprudencia, véase, ROY, Robert, "Enforceability of premarital agreements governing support or property rights upon divorce or separation as affected by fairness or adequacy of those terms—modern status", 53 *American Law Reporter* 4th, rev. 2012, pp. 161 y ss.

⁴⁹⁷ La sección 7.08 (3) de los *ALI Principles* establece que un acuerdo es ineficaz si "by its terms, it penalizes a party for initiating the legal action leading to a decree of divorce or legal separation." Por su parte, la sección 190 del *Restatement Second of Contracts* también establece que una promesa que tienda a fomentar irrazonablemente el divorcio o la separación no es válida por el fundamento que contraviene el orden público.

⁴⁹⁸ Comentarios a la sección 7.08 de los *ALI Principles*, cit.

⁴⁹⁹La sección 3(a) de la *UPAA* no incluye esta materia dentro de la detallada lista de los asuntos que pueden ser pactados por los cónyuges. Sin embargo, la sección 10b (4) de la *UMPAA* incluye un lenguaje similar al de los *ALI Principles*. Así, establece expresamente que es ineficaz un acuerdo que penaliza a una parte por solicitar el divorcio.

por la ruptura, se concibe, como se ha sugerido, como una cláusula penal, una opción podría ser que la cuantía se fijara de acuerdo con el grado de cumplimiento de la obligación. No obstante, ello implicaría, que a mayor duración del matrimonio, menor sería la indemnización.⁵⁰⁰

Dicha opción podría ser problemática en el caso en que la mujer hiciera su aportación al matrimonio en el momento inicial, renunciando a la carrera profesional a cambio del cuidado del hogar y de los hijos. Si el pacto dispone que la cuantía de la indemnización se vea reducida a medida que transcurra el tiempo, el acuerdo propiciaría que, en caso de crisis, el marido tenga incentivo para dilatar la ruptura y la esposa para precipitarla.⁵⁰¹ Además, en estos casos podría argüirse que a mayor tiempo dure el matrimonio, más alta debería ser la indemnización por la mujer haber aportado por más tiempo al matrimonio y a la familia. Esto sería similar a la compensación por desequilibrio donde la mayor duración del matrimonio puede traducirse en un incremento de la compensación.

De otro lado, otra posibilidad es que los cónyuges pacten que la cuantía de la indemnización incremente a medida que se prolonga la duración del matrimonio. Aquí nuevamente el pacto tendría el efecto de incentivar a una parte a solicitar al divorcio más rápidamente y al otro para mantenerse en una relación de la que quisiera salirse.

⁵⁰⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, cit., p 96.

⁵⁰¹ Véase COHEN Llyod R., "Marriage: The long-term contract", cit. pp. 10 y ss. MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 185.

Debo dejar en claro que las referidas acotaciones no significan que sea preciso negar automáticamente la validez de un acuerdo porque fomente comportamientos estratégicos. Este tipo de pactos, en mayor o en menor medida, siempre lo hacen. Me parece que es en los casos más extremos los que debe cuestionarse la eficacia de estos pactos, particularmente cuando en el caso concreto de que se trate se configuran de forma tal que terminan restringiendo significativamente el derecho a divorciarse o provocando que la posición de cada uno de los cónyuges con relación al derecho a instar el divorcio sea desequilibrada.⁵⁰²

En lo Estados Unidos, tradicionalmente se han rechazado este tipo de cláusulas en las que la indemnización a base de la duración del matrimonio. Sin embargo, es interesante que a pesar de que la *UMPAA* incorpora la aludida prohibición general de los pactos que “*fomenten el divorcio*”, sus redactores aclaran que la misma no debe interpretarse en el sentido de que es de aplicación a este tipo de cláusulas, lo que parece dejar abierta la puerta a su admisibilidad en el futuro.⁵⁰³

3.3 PACTOS QUE ESTABLECEN LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES

Otro de los fundamentos de política jurídica familiar justificante de la ineficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial es evitar que los mismos sirvan de instrumento

⁵⁰² MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 186.

⁵⁰³ Comentarios a la sección 10 de la *UPAA* del 2012, cit.

para alterar la concepción del ordenamiento acerca del matrimonio y de la libertad de salir del mismo. Ello ha servido de base a la norma general de que no es posible crear convencionalmente una regulación privada que sea incompatible con los principios y finalidad básica de la institución del matrimonio.

Los llamados deberes o efectos personales del matrimonio enunciados en algunos ordenamientos —tales como el de ayuda, el de socorro y el de fidelidad— carecen prácticamente de relevancia jurídica hoy día, particularmente en aquellos en los que se ha eliminado el divorcio con culpa. Así, constituyen principios morales tendentes a “modelar” la relación conyugal que se consideran incoercibles. Por consiguiente, no están disponibles las consecuencias contractuales que la ley establece para el incumplimiento contractual. Así, evidentemente, no está disponible el remedio del cumplimiento forzoso y de ordinario, se rechaza la posibilidad de que pueda reclamarse indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de los deberes matrimoniales.⁵⁰⁴

Precisamente, a la luz de lo anterior, cabe plantearse si los cónyuges pueden otorgar pactos indemnizatorios para así darle relevancia jurídica a los deberes matrimoniales. Así, estos pactos podrían establecer una especie de cláusula penal —que consistiría en la obligación de pagar determinada suma de dinero o cualquier otra prestación económica— a cargo del cónyuge infractor del deber matrimonial de que se trate.

⁵⁰⁴Acerca de los deberes matrimoniales y la responsabilidad civil extracontractual derivada de su inobservancia, véase la sección 2.2 (a) del Capítulo Primero del presente escrito.

La admisibilidad de los acuerdos en los que se estipulan las consecuencias del incumplimiento de los deberes matrimoniales —cuando ello motiva la ruptura matrimonial— implicaría reconocer a los cónyuges la facultad de conferir trascendencia jurídica concreta a los deberes matrimoniales y otorgarles un sentido obligatorio, fijando contractualmente una indemnización en caso de su inobservancia. Así, el juego de la autonomía privada dictaría el alcance y significado que los deberes matrimoniales tengan para cada pareja. Ello llevaría a que incluso se permita pactar las consecuencias de la inobservancia de un deber conyugal concreto y no de otros.

En el Derecho europeo son escasas las referencias a este tipo de controversia. En España, un sector importante de los autores que han estudiado los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial favorece el aludido tipo de pacto.⁵⁰⁵ Por ejemplo, GASPAR LERA, al defender la admisibilidad de los pactos que establecen las consecuencias de la inobservancia de los deberes matrimoniales, afirma que a través de estos pactos los cónyuges *“asumen de forma voluntaria la obligación de resarcir en caso de incumplimiento de un deber de no hacer, de carácter personalísimo, configurando así, de conformidad con sus planteamientos, convicciones y expectativas depositadas en el matrimonio, el grado de compromiso que pretenden asumir”*.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ En similar sentido, GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, *cit.*, p. 4; MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, *cit.*, pp. 99 a 100; SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *cit.*, pp. 328 a 329; GASPAR LERA, Silvia, *cit.*, p. 1052; PAZ-ARES, Ignacio, *cit.*, pp. 139 a 140.

⁵⁰⁶GASPAR LERA, Silvia, *cit.*, p. 1052.

Resulta sumamente difícil resolver categóricamente cuestiones tan complejas, sobre todo cuando están marcadas en cierta medida de una impronta moral. Es cierto que la admisibilidad de dichos pactos implicaría ensanchar la autonomía privada de los cónyuges para regular aspectos importantes del matrimonio. Me parece plausible, además, el argumento que apunta a que la idea de libertad que inspira el sistema del divorcio sin culpa, que prescinde de la connotación religiosa o moral de la ruptura, persigue la finalidad de evitar que el Estado imponga un determinado entendimiento de las relaciones conyugales, pero que ello no necesariamente implica desproteger a quienes sí consideran que los deberes matrimoniales juegan un papel fundamental en la relación conyugal.⁵⁰⁷ A mi juicio, sin embargo, en el equilibrio de valores en juego deberían primar la libertad y libre desarrollo de la personalidad sobre la autonomía privada.⁵⁰⁸ A mi modo de ver, el cumplimiento de los deberes matrimoniales debe depender de la libre determinación y voluntad de cada uno de los cónyuges.⁵⁰⁹

Así, opino que no debería admitirse una pretensión dirigida a conceder remedios indemnizatorios por el incumplimiento los deberes matrimoniales. No debería encontrar acogida la imposición de indemnizaciones relacionadas con la conducta personal en el contexto de una relación matrimonial, ni siquiera

⁵⁰⁷ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, *cit.*, p. 101.

⁵⁰⁸En igual sentido, GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.*, pp. 2604 a 2605; PINTO ANDRADE, Cristóbal, *cit.*, p. 65. LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 4, 2010, p. 28.

⁵⁰⁹ FERRER RIBA, Josep, “Relaciones familiares”, *cit.*, p. 14.

cuando ello haya sido estipulado voluntariamente mediante contrato.⁵¹⁰

Otro argumento fundamental en contra de la admisibilidad de estos pactos es la imposibilidad o gran dificultad de controlar el cumplimiento o incumplimiento de este tipo de deberes, a lo que se añade el problema de presentar prueba referente a las causas del fracaso del matrimonio y la acreditación de la actuación o comportamiento culpable de un cónyuge. Todo ello suele desembocar en un proceso de divorcio largo, costoso y amargo. A mi juicio, no debe ponerse la maquinaria judicial al servicio de este tipo de controversias.

Los principios antes reseñados son congruentes con la normativa prevaleciente en los Estados Unidos. La mayoría de los tribunales estadounidenses se han negado a ordenar el cumplimiento de pactos que contemplan indemnizaciones que pretenden indirectamente incentivar que los cónyuges observen determinada conducta personal durante el matrimonio. En esa línea, se ha determinado reiteradamente, por ejemplo, que los cónyuges están impedidos de pactar una cláusula que imponga la obligación de pagar una suma de dinero al cónyuge que incumpla con el deber de fidelidad.⁵¹¹

⁵¹⁰ GINÉS CASTELLET, Núria, *cit.*, p. 2606; LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, “La incidencia del principio de igualdad”, *cit.*, p. 3; PINTO ANDRADE, Cristóbal, *cit.*, p. 65.

⁵¹¹ *Diosdado v. Diosdado*, 118 Cal. Rptr. 2d 494, 495-96 (Cal. Ct. App. 2002). Véase, además, *Laudig v. Laudig*, 624 A.2d 651 (Pa. Super. Ct. 1993); TURNER, Brett R. y MORGAN, Laura W., “Attacking and defending marital agreements”, *ABA Section on Family Law*, 2012, p. 379.

El caso paradigmático más citado en este ámbito es *Diosdado v. Diosdado*, resuelto por el Tribunal Supremo de California. En dicho caso los cónyuges pactaron que en caso de cualquiera de ellos cometiera adulterio, el cónyuge infractor debía pagar al otro una suma de 50,000 dólares en el momento del divorcio. El Tribunal resolvió que los cónyuges no pueden estipular contractualmente las consecuencias del incumplimiento de los deberes matrimoniales.

Por su parte, en este punto, los *ALI Principles* proponen que se respete las reglas imperantes en cada jurisdicción. A tales efectos, la sección 7.08 (2) establece que es ineficaz un acuerdo que requiera o prohíba que durante el divorcio los tribunales consideren la conducta de los cónyuges durante el matrimonio, a menos que el acuerdo se limite a reproducir la norma por defecto establecida por el derecho estatal aplicable.⁵¹² Esta norma responde al interés en no entrar a valoraciones de conducta si la ley lo permite y entrar si lo permite, de lo que se deduce deferencia al criterio de moralidad de cada jurisdicción con respecto a los deberes matrimoniales.

Los *ALI Principles*, por su parte, se decantan por la concepción de que se trata de una materia de orden público no disponible para las partes. Destacan, además, las dificultades y los costes económicos y emocionales que implica dilucidar en los tribunales detalles íntimos de la relación matrimonial.⁵¹³

⁵¹² Sección 7.08 de los *ALI Principles*, *cit.*

⁵¹³ Comentarios a la sección 7.08 de los *ALI Principles*, *cit.*

Para terminar el examen de este tipo de pactos cabe plantear la operatividad de las conductas constitutivas de incumplimiento de los deberes matrimoniales como fundamento de oposición a la eficacia de un pacto compensatorio o indemnizatorio. Este tipo de pacto tendría la finalidad de evitar que ante el incumplimiento de un deber conyugal ocurra la paradójica consecuencia de que el cónyuge perjudicado que decide instar el divorcio deba indemnizar al otro.⁵¹⁴ Para evitarlo, sería conveniente que el acuerdo matrimonial condicionara el derecho a la indemnización a que se no se haya incumplido con un deber conyugal y con ello la ruptura.⁵¹⁵

Con respecto a este tema conviene hacer unas matizaciones. En este ámbito habría que enfrentarse a las mencionadas dificultades y consecuencias que comporta traer a la consideración del tribunal comportamientos desarrollados en el ámbito íntimo. En el equilibrio de valores en juego, a mi juicio, debe admitirse que se tome en consideración el incumplimiento de los deberes matrimoniales como fundamento para negarse a

⁵¹⁴ El artículo 97 del Código civil español no contempla expresamente la culpa como elemento determinante del importe de la pensión por desequilibrio aunque se ha afirmado que el último inciso del precepto —que permite al juez tomar en cuenta “*cualquier otra circunstancia relevante*”— puede dar lugar a que los tribunales la tomen en consideración a los efectos indicados. Para un análisis detallado de esta posibilidad, véase MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, cit., 128 y ss. En los Estados Unidos, en la mayoría de los estados la culpa es factor que se considera para fijar la cuantía las pensiones post-divorcio. SWISHER Peter Nash, “The ALI Principles: A farewell to fault - but what remedy for the egregious marital misconduct of an abusive spouse?” 8 *Law & Policy Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2001, p. 233.

⁵¹⁵MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, cit., pp. 96 y 97; GASPAS LERA, Silvia, cit., p. 1055.

la pretensión de pago. Ahora bien, opino que ello debe limitarse a casos en los que se trate de conductas particularmente ofensivas o ultrajantes como, por ejemplo, un atentado contra la vida, la integridad física o maltrato psicológico.⁵¹⁶

⁵¹⁶ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales, cit.*, p. 140.

CONCLUSIONES

1. CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN: AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO DE FAMILIA

1.1 PRIVATIZACIÓN PROGRESIVA DEL MATRIMONIO-La privatización del Derecho de familia—esto es, la formulación de normas privadas que han venido a suplantar o complementar las reglas impuestas por el Estado— se manifiesta primordialmente en el ámbito del matrimonio. Así, la regulación estatal del régimen económico por defecto ahora se combina con la progresiva admisión de diversos pactos que confieren a los cónyuges la facultad de ejercer amplia autonomía para autorregular las consecuencias del matrimonio.

1.2 CONCEPCIÓN CONTRACTUALISTA DEL MATRIMONIO-La autonomía privada, manifestada a través del principio de la libertad contractual, tiene dos dimensiones fundamentales. La primera, el elemento verdaderamente distintivo del contrato, consiste en el libre acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos. La segunda dimensión se refiere a la posibilidad de fijar el contenido del contrato.

En el ámbito del matrimonio, la primera dimensión históricamente se ha dado por existente, sin mayores cuestionamientos. La segunda dimensión, esto es, la autonomía de los cónyuges de pactar los términos de la relación, es fruto de una elaboración más moderna del Derecho matrimonial.

El hecho de que determinados aspectos del matrimonio sean definidos por el Estado, que el ordenamiento imponga mayores límites a la autonomía privada en este ámbito y que el matrimonio presente unas características muy singulares que le distinga de otros contratos —como, por ejemplo, la incoercibilidad de los deberes matrimoniales y la posibilidad de disolución unilateral—no son obstáculo a la concepción contractualista del matrimonio.

1.3 LIBERTAD DE PACTAR EL CONTENIDO DEL MATRIMONIO ANTE UN SISTEMA ROBUSTO DE NORMAS POR DEFECTO-Pese a que al otorgar acuerdos matrimoniales los cónyuges pueden aumentar la intensidad de su grado de vinculación y abaratar o encarecer los costes de una eventual extinción de la relación, frecuentemente no optan por establecer un sistema diferente al diseñado por el legislador por los altos costos de transacción que ello implica, particularmente ante la existencia de un sistema fuerte y omnicompreensivo de normas por defecto.

Además, los costes de transacción pueden ser particularmente altos en este ámbito, en atención al tipo de relación que vincula a las partes y a que la mera negociación de este tipo de acuerdo podría incluso suponer una amenaza para el mantenimiento de la relación misma.

1.4 LOS ACUERDOS MATRIMONIALES Y LA DESIGUALDAD EN FUNCIÓN DE GÉNERO-La concepción de que estos contratos constituye un instrumento que ayuda a

prevenir las desigualdades en función de género quiebra ante la realidad de que en la práctica los acuerdos matrimoniales tienden a perjudicar al cónyuge económicamente más vulnerable, que en la mayoría de los casos sigue siendo la esposa. Ello implica que este tipo de contrato no necesariamente previene la distribución desigual de recursos en perjuicio de las mujeres.

La privatización del matrimonio, como en otros contextos, presupone que la autonomía privada está limitada primordialmente por barreras impuestas por el Estado y no por las que surgen a raíz de las concentraciones privadas de riqueza o de poder. Si las segundas son las que limitan el control de los individuos sobre este tipo de aspecto fundamental de sus vidas es probable que la privatización exacerbe el problema.

En consecuencia, aunque el concepto de privatización suele entrelazarse con el de libertad de elección, las alternativas que tienen los individuos para organizar las relaciones matrimoniales y familiares siempre habrán de quedar limitadas por sus condiciones sociales, económicas, psicológicas. La privatización, pues, tiende a contribuir muy poco a cambiar las referidas condiciones. De hecho, en estos supuestos la protección estatal podría ser aún más necesaria para evitar injusticias.

2. CAPÍTULO SEGUNDO. LA ADMISIBILIDAD DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL

2.1 INFLUENCIA DE LAS FUENTES NORMATIVAS Y PARANORMATIVAS ESTADOUNIDENSES-Los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial tuvieron su origen y han tenido su mayor desarrollo legislativo, jurisprudencial y práctico en los Estados Unidos. El Derecho estadounidense en este ámbito constituye, pues, una referencia obligada. No obstante, el análisis referente a los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en los Estados Unidos no solo tiene una importante dimensión comparativa, sino que, además, refleja la fuente de inspiración de la regulación de estos contratos en diversos ordenamientos europeos.

2.2 ADMISIBILIDAD DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL EN EUROPA-En muy pocos ordenamientos europeos la admisibilidad de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial se reconoce expresamente por ley. Destaca, como excepción, el ordenamiento catalán que regula legislativamente, de forma abarcadora y detallada, dicho tipo de acuerdos.

En buen número de ordenamientos europeos se han admitido jurisprudencialmente los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, a través de referencias generales al principio de la autonomía privada o, más concretamente, como una manifestación de la autonomía de los cónyuges o de los futuros cónyuges de otorgar capitulaciones matrimoniales.

2.3 ENCAJE DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL EN LA INSTITUCIÓN DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES-A pesar de que el contenido ordinario por excelencia de las capitulaciones matrimoniales son las cláusulas a tenor de las cuales las partes establecen las reglas por las que han de regirse sus actividades patrimoniales, dicho contenido no es el único, ni absolutamente necesario, para que las capitulaciones sean válidas.

En las capitulaciones matrimoniales puede introducirse cualquier estipulación que reglamente las relaciones personales y patrimoniales futuras de los cónyuges. Así, también pueden ocuparse de regular, en una etapa anterior a la celebración del matrimonio o en situación de normalidad matrimonial, las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial.

2.4 AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO EXPLÍCITO DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL VIS A VIS REGULACIÓN DETALLADA-Allí donde se ha legislado para regular expresamente los referidos acuerdos, se condiciona su validez y eficacia al cumplimiento de ciertos requisitos, tanto procedimentales como sustantivos, con la finalidad de garantizar la libre formación de la voluntad y evitar injusticias llegado el momento de exigir el cumplimiento de lo pactado. En consecuencia, se reconoce la admisibilidad solo de algunos pactos en previsión de ruptura y no de cualquiera que cumpla con los requisitos generales que establece el Derecho general de contratos.

Si bien es cierto que al regular estos acuerdos, el legislador confiere a los operadores mayor seguridad jurídica, también es verdad que ello no debe entenderse como que necesariamente facilite o promueva que las parejas otorguen este tipo de pactos, toda vez que se establecen múltiples requisitos que condicionan su validez y eficacia.

Por otro lado, un sistema no regulado, que apele al Derecho general de contratos, da mayor margen de pacto. No obstante, aporta mayor incertidumbre porque la validez y eficacia de estos acuerdos dependerá exclusivamente del criterio judicial.

3. CAPÍTULO TERCERO. LA VALIDEZ *EX ANTE* DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL

3.1 LIBERTAD Y VOLUNTARIEDAD DEL CONSENTIMIENTO-Un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, como cualquier contrato, está sujeto a requisitos de consentimiento, capacidad, forma y contenido que determinan su validez. No obstante, las características singulares de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial —por razón de su finalidad, del momento en el que se perfeccionan, de la etapa en la que se solicita su cumplimiento y, sobre todo, de la particular relación entre los contratantes— justifican un tratamiento particular.

3.2 INFLUENCIAS O PRESIONES INDEBIDAS-La cuestión del consentimiento libre y voluntario se plantea concretamente en este ámbito en los supuestos en los que uno de los contratantes otorga su consentimiento a un acuerdo en

previsión de ruptura matrimonial influenciado: i) por la presión o el temor de que, si no lo hace, el matrimonio no llegará a celebrarse o ii) por el particular ambiente emocional y psicológico, caracterizado por sentimientos irreflexivos y un optimismo excesivo, en las etapas previas a la ceremonia nupcial.

Las doctrinas clásicas del Derecho general de contratos no proveen remedio a los referidos problemas que pueden producirse en la etapa previa al otorgamiento de un acuerdo en previsión de ruptura contractual. De hecho, los problemas que comporta que el alcance de aplicación de la doctrina de vicios del consentimiento sea tan limitado revela la necesidad de ampliar los fundamentos de impugnación de los contratos para incluir supuestos en los que uno de los contratantes otorga su consentimiento contractual como consecuencia de influencias, presiones o aprovechamientos injustos o indebidos.

3.3 IMPOSICIÓN DE RESTRICCIONES TEMPORALES ENTRE EL OTORGAMIENTO DEL ACUERDO Y LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO-

La imposición de un margen temporal mínimo entre la celebración del pacto y el enlace matrimonial puede contribuir a evitar o a mitigar la posible influencia indebida que la proximidad inmediata del enlace matrimonial pudiera ejercer sobre la voluntad contractual. Dicho espacio de libertad puede prevenir que una parte se vea presionada a otorgar su consentimiento solo para evitar una situación embarazosa o de oprobio social, amén de los costes que podría suponer la cancelación repentina de la ceremonia matrimonial.

No debe reconocerse la validez de un acuerdo cuando su perfección estuvo precedida de una táctica de negociación que, aunque lícita, se ubica fuera de los límites sociales aceptables en el contexto de la negociación entre futuros cónyuges. En ese sentido, la imposición de este tipo de restricción temporal constituye un *plus* en un ámbito en el que no llega a incidir la doctrina tradicional de los vicios del consentimiento.

El incumplimiento de este tipo de restricción temporal no siempre debe comportar la invalidez del acuerdo, toda vez que, en estas circunstancias, el mismo puede haberse otorgado libre y voluntariamente si, por ejemplo, la parte que lo impugna sabía que la otra estaba preparando un borrador del acuerdo o si hubo tiempo suficiente para obtener asesoramiento legal.

3.4 CAUTELAS PRECONTRACTUALES ESPECIALES-El reconocimiento de que las características singulares de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial justifican que estos sean beneficiarios de un trato particular se traduce en la introducción de diversos límites a la autonomía privada. Entre estos límites se destaca la imposición de especiales requisitos de forma. Otras cautelas precontractuales especiales son: (i) que los contratantes tengan la oportunidad de obtener asesoramiento legal y (ii) que estos se proporcionen recíprocamente información acerca de su situación económica y patrimonial.

Dichas cautelas responden a ciertos estándares de *fairness* que abordan otra dimensión de la voluntad contractual —la

exigencia de que el consentimiento sea informado— que va más allá de la doctrina tradicional de los vicios del consentimiento. Constituyen otro *plus* que se ha ido reconociendo con respecto a los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial con el fin primordial de que, con anterioridad al otorgamiento del contrato, los contratantes tengan conocimiento de las circunstancias relevantes de hecho y de Derecho.

3.5 REQUISITOS DE FORMA-La escritura pública constituye el cauce más adecuado para formalizar los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. La forma pública debe exigirse con carácter constitutivo e independientemente de cuáles sean las materias sobre las que pacten los contratantes. Este requisito además de cumplir el objetivo usual de proveer constancia fehaciente y auténtica de estos acuerdos y de proporcionar una mejor prueba de su existencia, también responde al interés en que la volición negocial venga precedida de un mayor espacio de reflexión y ponderación y una forma de hacer presente a los contratantes la importancia y trascendencia del contrato al que otorgarán su consentimiento.

3.6 ASESORAMIENTO LEGAL-El requisito precontractual de asesoramiento legal comporta que los contratantes sean informados de los cambios que el acuerdo pretende introducir en el régimen legal supletorio y del deber recíproco de las partes de suministrarse información sobre su situación económica y patrimonial.

Con tal fin, las partes contratantes podrían optar porque que en el proceso intervengan dos abogados, en representación de los intereses individuales de cada uno de ellos. Sin embargo, en vista de que el requisito de asesoramiento es de carácter informativo, la exigencia de que los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial consten en escritura pública necesariamente implica que en su otorgamiento siempre intervendrá al menos un profesional del Derecho. En consecuencia, el cauce formal requerido para la validez del acuerdo sería una vía a través de la cual los contratantes obtendrían la información jurídica relevante.

En caso de que la labor de asesoramiento recaiga en el notario que autoriza la escritura pública parece razonable requerir que informe a las partes contratantes por separado. Dicha norma se aparta de la forma tradicional del ejercicio del notariado y constituye, por tanto, una cautela excepcional, que, de nuevo, se justifica en atención a las particulares características de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

El incumplimiento del requisito de asesoramiento legal —o incluso la renuncia a ser asesorado legalmente— no debe ser causa de invalidez o ineficacia del acuerdo. En caso de que se cuestione si se cumplió dicho requisito —o si es válida una renuncia al derecho que se tiene a obtener asesoramiento— quien pretenda que se dé eficacia al acuerdo tendrá que demostrar que en efecto la otra parte fue asesorada legalmente, que tenía conocimiento de la información en cuestión o que el acuerdo establecía de forma clara las

consecuencias de los derechos por defecto y de las renunciaciones contenidas en el mismo.

3.7 DEBER RECÍPROCO DE PROPORCIONAR INFORMACIÓN ECONÓMICA-Previo al otorgamiento de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial se debe exigir que cada parte provea a la otra información acerca de la naturaleza y extensión de su patrimonio, lo que incluye bienes, deudas e ingresos, así como el valor estimado del patrimonio. Bastaría proveer información general y aproximada que permita hacer un cálculo del valor de los derechos a los que se renuncia y tener una apreciación general de las consecuencias del acuerdo.

No es necesario que las partes se provean información detallada minuciosamente. Sin embargo, a fin de evitar una impugnación posterior del acuerdo es deseable que se proporcione la información más completa posible, en tiempo oportuno y de forma comprensible al destinatario, según sus circunstancias personales. Lo más recomendable sería, pues, que en el acuerdo, o un documento que se le anexe, se esboce con especificidad la información concreta que las partes se proporcionaron con anterioridad al otorgamiento del mismo o en el mismo acto.

La información a la que cada parte tiene derecho necesariamente tiene que estar relacionada con los términos contractuales pactados. Por tanto, si a tenor de lo pactado la información económica y patrimonial del otro fuera irrelevante, la inobservancia del deber de información no

habrá de incidir en la validez o eficacia del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.

Por otro lado, el hecho de que una parte desconozca la información a cuyo acceso tendría derecho no debe comportar, *per se*, la invalidez del contrato. El que tiene derecho a la información, aunque no tiene una obligación afirmativa de obtenerla, debe ser diligente y no debe apoyarse en una total pasividad. Con todo, en la mayoría de los casos se concluirá que ello no era posible porque suele tratarse de información privada de una parte sobre la que la otra no tiene acceso, ni sobre la que tiene derecho a indagar.

En este contexto, la parte que impugna el contrato tiene que invocar como fundamento que cuando el mismo se otorgó no tenía conocimiento de la información a la que tenía derecho. En dicho supuesto, la otra parte tendría la carga de probar que en efecto proporcionó la información o que el otro contratante obtuvo conocimiento de la información de fuentes independientes.

Podría considerarse evidencia *prima facie* del cumplimiento del deber de información una expresión general incluida en el acuerdo a los efectos de que las partes se proporcionaron información completa y veraz de su situación económica y patrimonial, sin que sea necesario detallarla en el documento. En caso de que surja controversia sobre esta cuestión, el contratante a quien se le imputa no haber cumplido con su deber de información no puede escudarse en ese tipo de expresión general. Re caerá en él el peso de

demostrar que en efecto informó a la otra parte acerca de su situación económica y patrimonial.

Por otra parte, cabe indicar que la inobservancia del incumplimiento del deber de información puede configurar el vicio del error en algunos supuestos como, por ejemplo, cuando se suministra información incorrecta o se afirma algo de lo que no se está seguro y resulte ser falso, aun cuando se actúe sin propósito de engañar. La inobservancia también puede ser atribuible al dolo o al engaño provocado maliciosamente, que puede producirse tanto mediante un acto —proveer información falsa—, como mediante una omisión —guardar silencio cuando se está obligado a informar—. En cualquier caso, la información omitida tiene que ser relevante al contenido del contrato.

En caso de que el incumplimiento del deber de información se enmarque dentro de la doctrina de vicios del consentimiento operarían las normas del Derecho general de contratos con respecto a los sujetos que tienen legitimación para ejercer una acción de nulidad, los efectos de la declaración de nulidad declarada y la posibilidad de confirmar el contrato expresa o tácitamente. Sin embargo, en este ámbito no podrían trasladarse de forma íntegra las reglas generales sobre el cómputo del plazo para interponer una acción de nulidad para impugnar un contrato anulable.

Por tratarse de un pacto con vista a la ruptura matrimonial, el plazo para presentar la impugnación debe expirar una vez la ruptura tenga lugar, siempre que antes de ese momento quien impugna el contrato hubiese salido del error o del

engaño. En caso de que con diligencia razonable no hubiese podido conocer del vicio antes de la ruptura sería razonable imponer un plazo de cuatro años computado a partir de la ruptura para presentar la acción de nulidad.

Por otro lado, cabe indicar que el deber de informar, aunque opere en la fase precontractual, si al final solo incide en la eficacia y viene a relucir cuando se solicita el cumplimiento del acuerdo, no cabría hablar de acción de nulidad, ni de plazos o requisitos para ejercitarla. El incumplimiento del deber de información tendría el efecto de colocar el peso de la prueba en quien venía obligado a informar y no lo hizo. En caso de que no pueda demostrar el cumplimiento del requisito, habrá de declararse la ineficacia del pacto o de la cláusula contractual de que se trate.

4. CAPÍTULO CUARTO. CUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL Y LÍMITES A SU EFICACIA *EX POST*

4.1 PLANTEAMIENTO GENERAL-Los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial deben estar sujetos no solo a los límites generales que delimitan la validez de todo acto de autonomía privada —la ley, la moral y el orden público— sino también a mecanismos adicionales de control de su eficacia. Dichos mecanismos pueden provenir del Derecho general de contratos —o en su caso, con adaptaciones— o bien pueden ser forjados *ad hoc*, por ejemplo, mediante la aplicación analógica de reglas generales del Derecho de familia.

A pesar de que las fuentes normativas y paranormativas en este ámbito no suelen explicitar los fundamentos concretos que en cada caso justifican la ineficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial, todas contemplan alguna forma de revisión sustantiva de los mismos y favorecen la modificación judicial de los términos contractuales pactados con el objeto de evitar resultados injustos.

4.2 DIFERENTES FÓRMULAS PARA ATACAR PROBLEMAS DE INEFICACIA-Los referidos objetivos pueden articularse de formas diversas en los distintos ordenamientos. Así, algunos utilizan una fórmula amplia —como, por ejemplo, el criterio de “*unfairness*”— que permite enmarcar diferentes problemas de eficacia contractual. En cambio, otras fuentes recurren a criterios más específicos. Así, por ejemplo, las fuentes que regulan expresamente los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial suelen adoptar reglas concretas para solucionar diferentes problemas de ineficacia contractual.

Sin embargo, en este ámbito es frecuente que se recurra a instrumentos generales del Derecho de contratos, que son de aplicación a todos los contratos, particularmente a los de larga duración. Dos ejemplos paradigmáticos en este contexto son las doctrinas de la cláusula *rebus sic stantibus* y la de la caída de la base del negocio.

Cabe señalar que, además de los que límites que impone el Derecho general de contratos, existen condicionantes adicionales propios del Derecho de familia que también limitan la eficacia *ex post* de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

Las fuentes aplicables al tema de la ineficacia de estos acuerdos no se ajustan perfectamente a las categorías formuladas previamente, ni suelen identificar de manera tan clara los fundamentos que justifican las reglas en este contexto. Además, las aludidas categorías no constituyen compartimientos estancos. Frecuentemente habrá puntos de encuentro o interferencia.

4.3 CAMBIOS EN LAS CIRCUNSTANCIAS Y LA DOCTRINA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*-Los autores que se han planteado cómo una alteración sustancial de las circunstancias afecta la eficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial suelen reconducir su planteamiento, de forma general y sin particular elaboración, a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Los rasgos comunes que en este ámbito presentan las diversas fuentes en este ámbito son la imprevisibilidad y el desequilibrio en las prestaciones.

a) Criterio de previsibilidad

El principal problema que presenta el criterio de imprevisibilidad es que evidentemente produce un alto grado de incertidumbre acerca de si el contrato es o no eficaz. En el momento del otorgamiento del acuerdo, las partes tendrían que establecer las consecuencias, en la eficacia de lo pactado, que podrían llegar a tener diferentes supuestos de cambios en las circunstancias. Con todo, es obvio que en dicho momento sería imposible anticipar todos los cambios que es posible que ocurran.

Por otra parte, un problema adicional que presenta el criterio de la imprevisibilidad es la laxitud con la que suele interpretarse, especialmente en el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

De ordinario, los ejemplos enunciados de cambios imprevisibles de circunstancias tienen que ver con la situación económica de los contratantes, su capacidad de generar ingresos o su estado de salud. Podría concluirse que dichos eventos no son en absoluto imprevisibles. Es más, podría incluso argumentarse que se trata de eventos que sería razonable esperar que las partes anticiparan, con más o menos generalidad, en el momento del otorgamiento del contrato.

En una negociación contractual puede haber muchos grados de previsibilidad y es perfectamente posible, a poco que las partes imaginen el futuro sosegadamente, anticipar y prefigurar contractualmente riesgos poco o muy poco probables. Por consiguiente, casi cualquier evento que ocurra a lo largo de la convivencia matrimonial podría calificarse de un cambio “previsible”, en la medida en que forme parte del devenir más o menos azaroso de la vida de cualquier persona.

b) Criterio de desequilibrio excesivo en las prestaciones

La adopción en este ámbito de los presupuestos tradicionales de la doctrina *rebus sic stantibus* implicaría demostrar no solo que ha ocurrido un cambio imprevisible de circunstancias, con todos los problemas ya reseñados,

sino cumplir con el segundo requisito de la doctrina; esto es, que la imprevisión provocó un “desequilibrio excesivo o extraordinario en las prestaciones”.

Dicho criterio, al menos así formulado, no encaja en el contexto de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial porque se trata de contratos normativos cuya eficacia es fundamentalmente disolutoria o liquidatoria. En ellos no cabe hablar propiamente de prestaciones y contraprestaciones y por consiguiente, tampoco de desequilibrio entre las mismas. En estos casos lo que debe examinarse es el grado de apartamiento de las reglas por defecto.

4.4 AJUSTE O MODIFICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE LA DOCTRINA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL CONTEXTO DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL- Ante dichos problemas y los otros que se han reseñado que presentaría la aplicación mimética de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en este contexto sus presupuestos deben ser ajustados o modificados en atención a las peculiaridades que presentan los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial.

Así, debería operar un criterio subjetivo de imprevisibilidad, poniendo énfasis en el dato de si las partes previeron o no previeron de hecho el cambio de circunstancias. Ante la complejidad que supondría hacer el referido tipo de determinación, otra posible alternativa sería que el análisis subjetivo incluyera dilucidar si las circunstancias personales concretas de las partes en cuestión —esto es, su grado de

educación, posición social, cultura, medios— les podían llevar a no prever el cambio de circunstancias.

Con respecto al efecto que debe producir el cambio sobrevenido para que esté justificado desviarse de los términos pactados debe demostrarse que el cumplimiento del contrato de modo estricto, según los términos pactados, causaría un grave perjuicio a alguna de las partes, criterio que debe tener como guía si se apartan excesivamente de las reglas por defecto.

4.5 CAMBIOS SOBREVENIDOS QUE PRODUCEN LA CAÍDA DE LA BASE OBJETIVA DEL NEGOCIO-Un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial debe declararse ineficaz cuando: (i) se produce la caída de la base o los presupuestos sobre los que el contrato se fundaba por causa de un cambio de circunstancias fuera del control de las partes y (ii) el cumplimiento queda considerablemente dificultado o se convierte en más gravoso. Ello, podría ocurrir, por ejemplo, cuando se produce una divergencia entre lo que el acuerdo suponía y el desarrollo de la convivencia matrimonial.

No obstante, los términos contractuales deben ser respetados pese al cambio de circunstancias si el mismo fue provocado por los propios cónyuges y estos han optado por mantener el acuerdo original sin modificarlo o revocarlo, a menos que el cónyuge perjudicado por el cumplimiento mismo no cuente con suficientes medios para su adecuado sustento en el momento en que pretende su cumplimiento.

4.6 EFICACIA CONTRACTUAL E INJUSTICIA- Existen una serie de límites a la eficacia *ex post* de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial propios del Derecho de familia que justifican límites adicionales a los que provee el Derecho general de contratos.

Dichos fundamentos propios del orden público familiar pueden traducirse en fórmulas amplias o en criterios jurídicos más específicos pero, en cualquier caso, siempre dirigidos a evitar los resultados injustos— por causas originarias o sobrevenidas—, que se manifiesten en el momento en el que se solicita el cumplimiento del acuerdo.

4.7 ACTOS QUE AFECTAN A TERCEROS Y NECESIDAD DE EVITAR EXTERNALIDADES NEGATIVAS-Uno de los fundamentos de política jurídica familiar justificante de la ineficacia de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial es el interés en evitar que estos afecten a terceros, esto es, evitar la producción de externalidades negativas. Con dicho objeto, se han articulado diversos mecanismos de control *ex post* dirigidos a que se declare la ineficacia de aquellos pactos que no protejan adecuadamente los intereses de los hijos o que dejen a uno de los cónyuges desprovistos de medios para procurar su subsistencia, en perjuicio del peculio público

Dicho tipo de límites a la eficacia pueden derivar de fuentes —con fórmulas más o menos concretas— que regulan expresamente los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Sin embargo, también es frecuente que la doctrina y la jurisprudencia resuelvan estas cuestiones

recurriendo a reglas generales del Derecho de familia como, por ejemplo, la que reconoce el poder de los tribunales — una vez la ruptura se ha judicializado— de homologar únicamente aquellos acuerdos que no sean gravemente perjudiciales para el excónyuge o los hijos.

Como mínimo, deben estar sujetos a escrutinio y revisión judicial los términos económicos de los acuerdos matrimoniales si el cumplimiento de estos puede desembocar en que una de las partes se convierta en carga pública.

Por otro lado, no todas las materias relativas a los menores deban quedar fuera del ámbito de la libertad de pacto de los cónyuges. Si se reconoce a los padres, aunque con ciertos límites, la facultad de tomar decisiones con respecto a sus hijos en momentos de crisis, en principio, deben admitirse los acuerdos preventivos sobre esos extremos. No obstante, estos pactos tampoco deberían producir sus efectos hasta su eventual revisión judicial.

En conclusión, lo pactado en un acuerdo de previsión de ruptura matrimonial debe quedar sujeto a un régimen parecido al establecido para el convenio regulador; esto es, llegado el momento del cumplimiento, el tribunal debe comprobar que el contenido del acuerdo no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

4.8 PACTOS QUE ALTERAN LA CONCEPCIÓN DEL ORDENAMIENTO ACERCA DEL MATRIMONIO Y DE LA LIBERTAD DE SALIR DEL MISMO-Otro de los fundamentos de política jurídica familiar justificante de la ineficacia de los acuerdos en previsión de ruptura

matrimonial es evitar que los mismos sirvan de instrumento para alterar la concepción del ordenamiento acerca del matrimonio y de la libertad de salir del mismo. Ello ha servido de base a la norma general de que no es posible crear convencionalmente una regulación privada que sea incompatible con los principios y finalidad básica de la institución del matrimonio, ni coartar la libertad de salir del mismo.

4.9 RESTRICCIONES DIRECTAS A LA LIBERTAD DE SALIR DEL MATRIMONIO: PACTOS QUE LIMITAN LAS CAUSAS DEL DIVORCIO-

Un pacto que restrinja o modifique de algún modo la operatividad de las causas legales de divorcio debe reputarse nulo por constituir una forma indirecta de coartar el derecho fundamental de no permanecer casado si no se quiere y el principio de que la voluntad de cada uno de los cónyuges es el factor determinante para la permanencia de la unión conyugal.

4.10 RESTRICCIONES INDIRECTAS: PACTOS CUYAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS COARTAN DE HECHO LA FACULTAD DE PEDIR EL DIVORCIO-

En principio, debe ser admitidos, los pactos que imponen la obligación de pagar determinada cantidad de dinero u otra prestación económica cuando el divorcio se produzca, si la indemnización va vinculada exclusivamente al mero hecho de romper el compromiso de vida en común y no directamente asociada al incumplimiento de los deberes matrimoniales.

Salvo en el caso de una desproporción sustancial, será difícil objetar aquellas cláusulas en las que se pacta la forma en la

que se repartirán los bienes acumulados durante el matrimonio. En cambio, parecen más objetables las cláusulas en virtud de las que se pacte una indemnización que ha de pagarse en el momento del divorcio, pues ello implica comprometer de antemano bienes que no se tienen. En consecuencia, estas sí podrían afectar la libertad de salir del matrimonio o dejar a una persona desprovista de medios económicos.

No debe declararse, sin más, la ineficacia de los acuerdos en los que se pactan compensaciones de índole económica en la eventualidad de que el divorcio llegara a producirse. Este tipo de pacto sería ineficaz cuando es imposible para el cónyuge que quiera divorciarse afrontar el pago al que se obligó contractualmente porque ello sí supondría privarle de facto de su derecho a no permanecer casado. Así pues, es esencial que la cuantía fijada en concepto de indemnización pueda ser asumida en el momento de la ruptura. Un pacto de este tipo pacto también sería ineficaz si el derecho a solicitar el divorcio resulta más gravoso para un cónyuge que para el otro.

En cualquier caso, la libertad de los cónyuges de regular este aspecto de la ruptura debe estar sujeta al control judicial. En ese sentido, este tipo de indemnización puede configurarse como una cláusula penal —en la medida en que las partes cuantifican la indemnización antes de que se produzca el incumplimiento— que quedaría sometida a la facultad moderadora del tribunal, que habrá de tener en cuenta los factores discutidos anteriormente.

En los casos en los que la indemnización por la ruptura no contempla una cuantía fija, sino que las partes pactan que consista en una cantidad variable, determinada a base, por ejemplo, de la duración del matrimonio, si la indemnización por la ruptura, se concibe, como se ha sugerido, como una cláusula penal, una opción podría ser que la cuantía se fijara de acuerdo con el grado de cumplimiento de la obligación. No obstante, ello implicaría, que a mayor duración del matrimonio, menor sería la indemnización.

Dicha opción podría ser problemática en el caso en que la mujer hiciera su aportación al matrimonio en el momento inicial, renunciando a la carrera profesional a cambio del cuidado del hogar y de los hijos. Si el pacto dispone que la cuantía de la indemnización se vea reducida a medida que transcurra el tiempo, el acuerdo propiciaría que, en caso de crisis, el marido tenga incentivo para prorrogar la ruptura y la esposa para precipitarla. Además, en estos casos podría argüirse que a mayor tiempo dure el matrimonio, más alta debería ser la indemnización por la mujer haber aportado por más tiempo al matrimonio y a la familia.

De otro lado, otra posibilidad es que los cónyuges pacten que la cuantía de la indemnización incremente a medida que se prolonga la duración del matrimonio. Aquí nuevamente el pacto tendría el efecto de incentivar a una parte a solicitar al divorcio más rápidamente y al otro para mantenerse en una relación de la que quisiera salirse.

Este tipo de pactos, en mayor o en menor medida, siempre fomenten comportamientos estratégicos. Es en los casos más extremos los que debe cuestionarse la eficacia de estos

pactos, particularmente cuando en el caso concreto de que se trate se configuran de forma tal que terminan restringiendo significativamente el derecho a divorciarse o provocando que la posición de cada uno de los cónyuges con relación al derecho a instar el divorcio sea desequilibrada.

4.11 PACTOS QUE ESTABLECEN LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES-Son ineficaces los pactos indemnizatorios que establezcan una especie de cláusula penal a cargo del cónyuge infractor del deber matrimonial de que se trate.

Un argumento fundamental en contra de la admisibilidad de estos pactos es la imposibilidad o gran dificultad de controlar el cumplimiento o incumplimiento de este tipo de deberes, a lo que se añade el problema de presentar prueba referente a las causas del fracaso del matrimonio y la acreditación de la actuación o comportamiento culpable de un cónyuge. Todo ello suele desembocar en un proceso de divorcio largo, costoso y amargo.

Con respecto a la a operatividad de las conductas constitutivas de incumplimiento de los deberes matrimoniales como fundamento de oposición a la eficacia de un pacto compensatorio o indemnizatorio, cabe indicar que este tipo de pacto debería admitirse con la finalidad de evitar que ante el incumplimiento de un deber conyugal ocurra la paradójica consecuencia de que el cónyuge perjudicado que decide instar el divorcio deba indemnizar al otro. Para evitarlo, sería conveniente que el acuerdo matrimonial

condicionara el derecho a la indemnización a que se no se haya incumplido con un deber conyugal y con ello la ruptura.

En este ámbito habría que enfrentarse a las mencionadas dificultades y consecuencias que comporta traer a la consideración del tribunal comportamientos desarrollados en el ámbito íntimo. Por tanto, la consideración de estas conductas en este contexto debe limitarse a casos en los que se trate de conductas particularmente ofensivas o ultrajantes como, por ejemplo, un atentado contra la vida, la integridad física o maltrato psicológico.

4.12 REFLEXIONES FINALES CON RESPECTO A LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL-La perfección de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial puede ocurrir en un contexto cargado de formas externas de presión indebida y de desconocimiento de información de hecho y de Derecho relevante al contrato.

Los diferentes niveles de autonomía de la voluntad tienen consecuencias diversas. Por ejemplo, el principio general prevaleciente en el Derecho estadounidense es que los cónyuges o futuros cónyuges deben tener amplia autonomía privada, lo que abarca una flexibilidad en los requisitos procedimentales que se exigen antes del otorgamiento de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.

Ello provoca, sin embargo, que en el momento en el que se pretende su cumplimiento, los tribunales se vean obligados a analizarlos a la luz del llamado "*procedural approach*", lo que aumenta la probabilidad de que no se ordene el

cumplimiento de lo pactado. Ello es así, en la medida en que frecuentemente los defectos procedimentales se vinculan con la justicia de los términos sustantivos del acuerdo. Dicho de otro modo, el referido tratamiento jurídico de los acuerdos en previsión de ruptura ha desembocado en un aumento del poder discrecional judicial, lo que comporta un mayor grado de intervención estatal.

Por su parte, en los ordenamientos europeos los contratantes usualmente tienen que cumplir con mayores formalidades, que incluyen, por ejemplo, la intervención notarial, para poder pactar válidamente un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial. Ello hace menos probable que en el momento de su cumplimiento los tribunales dejen sin efecto lo pactado.

En ese sentido podría concluirse que a mayores requisitos procedimentales y formalidades se exijan, es más probable que los tribunales reconozcan la eficacia del acuerdo y concedan mayor deferencia a lo pactado. A menores requisitos procedimentales, más alta es la probabilidad de intervención judicial para declarar su ineficacia si su contenido se aparta demasiado de las reglas por defecto o provoca un desequilibrio sustancial.

Por tanto, un alto grado de autonomía trae consigo el riesgo de aumento de intervención judicial para fiscalizar, modificar o dejar sin efecto lo pactado, como ocurre en los Estados Unidos en comparación con lo que, hasta la fecha, ha ocurrido en los ordenamientos europeos que admiten los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Es preferible

que se adopten cautelas procedimentales *ex ante* que aportan mayor seguridad jurídica, que la intervención judicial intensa *ex post* cuando se solicita el cumplimiento del acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958.

–*Derecho Civil*, Tomo II, Volumen I (La obligación y el contrato en general), Bosch, Barcelona, 1989.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, "Comentario al art. 1.335 CC" en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Volumen II, Tecnos, 1984.

–"Comentario al artículo 1.325 CC." en *Comentarios a las reformas del Derecho a Familia*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 1984.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ANDERSON, Miriam, "Comentario Sentencia de 31 de marzo de 2011 RJ 2158 /2011", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 88, 2012, pp. 379 y ss.

–"Marital Agreements: Spanish case-law v. the 2010 catalan reform" en *Confronting the frontiers of family and succession Law: Liber amicorum Walter Pintens*, Volumen I, Intersentia, Bélgica, 2012.

ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., "Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los EE.UU. de América a la realidad española" en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos familiares*, Dykinson, Madrid, 2009.

ATWOOD, Barbara Ann, "Ten years later: lingering concerns about the *Uniform Premarital Agreement Act*", 19 *Journal of Legislation*, 1993, pp. 127 y ss.

BAKER, Lynn A. y EMERY, Robert E., "Where every relationship is above average: Perceptions and expectations of divorce at the time of marriage", 17 *Law and Human Behavior*, 1993, pp. 439 y ss.

BAKER, Stewart y BARASSI, Theodore, "The international notarial practitioner", 24 *International Legal News*, 1995, pp. 1 y ss.

BARNETT, Randy E, "Conflicting visions: A critique of Ian Macneil's relational theory of contract", 78 *Virginia Law Review*, 1992, pp. 1175 y ss.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1997.

-"Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes", *Nulidad: estudios sobre invalidez e ineficacia*, Número 2, 2006, pp. 1150 y ss.

BELLAH, Robert, *Habits of the heart: Individualism and commitment in American life*, University of California Press, California, 1985.

BIX, Brian, "Bargaining in the shadow of love: The enforcement of premarital agreements and how we think about marriage", 40 *William & Mary Law Review*, 1998, pp. 145 y ss.

–“Premarital agreements in the ALI Principles of Family Dissolution”, 8 *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2001, pp. 231 y ss.

BOELE-WOELKI, Katharina, BRAAT, Bente y CURRY-SUMNER, Ian *European family law in action*, Volumen I (Grounds for Divorce), Intersentia, Oxford, 2002.

–*European family law in action*, Volumen II (Maintenance between former spouses), Intersentia, Oxford, 2003.

–*European family law in action*, Volumen III (Property Relations between spouses), Intersentia, Oxford, 2009.

BONET, Ramón, *Compendio de Derecho civil*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1959.

BRINIG, Margaret F. y BUCKLEY, F.H., “No-fault laws and at-fault people”, 18 *International Law Review of Law & Economics*, 1998, pp. 325 y ss.

–“These boots are made for walking: Why most divorce filers are women”, 2 *American Law & Economics Review*, 2001, pp. 126 y ss.

BROD, Gail Frommer, “Premarital agreements and gender justice”, 6 *Yale Journal of Law & Feminism*, 1994, pp. 235 y ss.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentario del Código civil* (arts. 1.325 a 1.335), Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la

separación en capitulaciones matrimoniales?”, *Aranzadi Civil*, Número 18/24, 2004, pp. 2375 y ss.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL, “El precio de la infidelidad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 666, 2005, pp. 1 y ss.

CASAD, Robert C., “Unmarried couples and unjust enrichment: From status to contract and back again?”, *77 Michigan Law Review*, 1978, pp. 51 y ss.

CASTÁN ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI, Francisco Martín, “Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LX-4, octubre 2007, pp. 1843 y ss.

CASTEEL, Stephanie, “Planning and Drafting Premarital Agreements”, SK093 *ALI-ABA*, 2005, pp. 469 y ss.

CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores, “Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano”, *Diario La Ley*, N° 8011, 2013, pp. 2 y ss.

CLARK, Homer H., “Antenuptial contracts”, 50 *University of Colorado Law Review*, 1979, pp. 142 y ss.

CLISHAM, Michael R., “American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution, eight years after adoption: Guiding principles or obligatory footnote?”, 42 *Family Law Quarterly*, 2008, pp. 608 y ss.

COHEN, Llyod R., "Marriage: The long-term contract" en *The law and economics of marriage and divorce* (editado por DNES, Antony W. y ROWTHORN, Robert), Cambridge University Press, United Kingdom, 2002.

COOKE, Elizabeth, "Pre-nups and beyond: what is the Law Commission up to now?" *Family Law Journal*, 2012, pp. 323 y ss.

COSTAS RODAL, Lucía, "Comentario al art. 1.335 CC" en *Comentarios del Código civil*, Tomo 1, Civitas, Madrid, 2006.

CURRY, Amberlynn, "The Uniform Premarital Agreement Act and its variations throughout the states", 23 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2010, pp. 335 y ss.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, "En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985.

DETHLOFF, Nina, "Contracting in Family Law: A European perspective" en *The future of family property in Europe* (BOELE-WOELKI, Katharina, MILES, Jo y SCHERPE, Jens M. editores), Cambridge-Antwerp-Poland, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *El negocio jurídico del Derecho de familia*, Editorial Reus, Madrid, 1962.

- "La intimidación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 32, Núm. 2-3, 1979, pp. 545 y ss.

–*Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

–“La cláusula *rebus sic stantibus*”, en *Extinción de obligaciones, Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVI, 1996, pp. 671 y ss.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho civil, Volumen I, Tomo 2*, Tecnos, Madrid, 1998.

–*Sistema de Derecho civil, Volumen IV*, Tecnos, Madrid, 2004.

DIFONZO, James Herbie, “Customized marriage”, 75 *Indiana Law Journal*, 2000, pp. 87 y ss.

DOLGIN, Janet L., “The family in transition: From *Griswold* to *Eisenstadt* and beyond”, 82 *Georgetown Law Journal*, 1994, pp. 1534 y ss.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Civitas, Madrid, 2003.

EISENBERG, Melvin A., “The limits of cognition and the limits of contract”, 47 *Stanford Law Review*, 1995, pp. 254 y ss.

–“Why there is no law of relational contracts”, 94 *Northwestern University Law Review*, 2000, pp. 805 y ss.

ELLMAN, Ira Mark, *Divorce in the United States, in cross currents: Family law and policy in the US and England*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

–*Family law: cases, text, problems*, Matthew Bender, Virginia, 2004.

ELLMAN, Ira Mark y LOHR, Sharon, “Marriage as contract, opportunistic violence, and other bad arguments for fault divorce”, 1997 *University of Illinois Law Review*, 1997, pp. 719 y ss.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español, Volumen I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

FARNSWORTH, E. Allan, *Contracts*, E. Allan, Little, Brown, Boston, 1990.

FERRER RIBA, Josep, “Relaciones familiares y límites del Derecho de daños”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 4, 2001, pp. 14 y ss.

–“El Derecho de la persona y la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 3, 2010.

–“Marital agreements and private autonomy in Spain” en *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, United Kingdom, 2012.

FRANCK, Jens-Uwe, “So hedge therefore, who join forever: Understanding the interrelation of no-fault divorce and

premarital contracts”, 23 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2009, pp. 235 y ss.

FRANTZ, Carolyn J., “Should the rules of marital property be normative?”, *University of Chicago Legal Forum*, 2004, pp. 271 y ss.

GALSTON, William A., “Divorce American style”, *Public Interest*, 1996, pp. 16 y ss.

GARCÍA MÁS, Francisco Javier, “El notariado español en la Unión Europea”, *La Notaría*, Número 34, 2006, pp. 62 y ss.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

–“Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, Fascículo IV, octubre-diciembre de 2003, pp. 1657 y ss.

–“Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre 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 en Tossa de Mar*, Documenta universitaria, Universidad de Girona, 2004.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, “La intimidación en los contratos” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Volumen 2, Civitas, Madrid, 2002.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *Instituciones de Derecho Privado*, Volumen 4, Tomo II, (DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, coord.) Civitas, Madrid, 2002.

GASPAR LERA, Silva, *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés*, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 3, 2012.

GETE ALONSO, María del Carmen, *Comentario a las reformas del Derecho de familia*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1984.

GINÉS CASTELLET, Núria, “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 727, 2011, pp. 2581 y ss.

–“Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Derecho Civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia” en GINÉS CASTELLET, N. (coord.), *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2011, pp. 51-94.

GLENDON, Mary Ann, *The new family and the new property*, Butterworth's, Toronto, 1981.

–*The transformation of family law: State, law, and family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago, 1989.

–*Rights talk: The impoverishment of political discourse*, The Free Press, New York, 1991.

GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E., "Principles of relational contracts", 67 *Virginia Law Review*, 1981, pp. 1089 y ss.

GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, Madrid, 1994.

GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto, *La función del notario en la Unión Europea*, Colegios Notariales de España, 1999, pp. 61 y ss.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Acuerdos y contratos prematrimoniales", *Boletín de Derecho de familia*, núm. 81, 2008, pp.12 y ss.

GUGGENHEIMER, Leah, "A modest proposal: The feminomics of drafting premarital agreements", 17 *Women's Rights Law Reporter*, 1996, pp. 147 y ss.

HAFEN, Bruce C., "The constitutional status of marriage, kinship, and sexual privacy; balancing the individual and social interests", 81 *Michigan Law Review*, 1983, pp. 463 y ss.

- "Individualism and autonomy in family law: The waning of belonging", 1991 *Brigham Young University Law Review*, 1991, pp. 1 y ss.

HANSON, Jon D. y KYSAR, Douglas A., "Taking behavioralism seriously: some evidence of market manipulation", 112 *Harvard Law Review*, 1999, pp. 1420 y ss.

HOLDSWORTH, William Searle, *A History of English Law*, Methen & Co. Ltd., Sweet and Maxwell, London, 1945.

IBÁN PÉREZ, Iván Carlos, “El matrimonio en la Constitución”, *Revista de Derecho privado*, Número 64, 1980, pp. 137 y ss.

JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard, “A behavioral approach to law and economics”, 50 *Stanford Law Review*, 1998, pp. 1471 y ss.

KAHNEMAN, Daniel, “Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual”, *Revista Asturiana de Economía*, Nº 28, 2003, pp. 181 y ss.

KORNHAUSER, Lewis, “The resurrection of contract”, 82 *Columbia Law Review*, 1990, pp. 184 y ss.

KRALIK, Winfried, “El deber de informar del notario”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 22, 1980, pp. 9 y ss.

KRAUSKOPF, Joan M., “Theories of property division/spousal support: Searching for solutions to the mystery”, 23 *Family Law Quarterly*, 1989, pp. 253 y ss.

KRAUSKOPF, Joan y THOMAS, Rhonda C., “Partnership marriage: The solution to an ineffective and inequitable law of support”, 35 *Ohio State Law Journal*, 1974, pp. 558 y ss.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2008.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil*, Tomo VI, Madrid- Barcelona, 2002, pp. 168 y ss.

LECKEY, Robert, "Relational contract and other models of marriage", 40 *Osgoode Hall Law Journal*, 2002, pp. 1 y ss.

LETE DEL RÍO, José Manuel, "Matrimonio y divorcio" en *Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (LACRUZ BERDEJO, José Luis, coordinador) Civitas, Madrid, 1994.

LINDEY, Alexander y PARLEY, Louis J., *Separation agreements and antenuptial contracts*, Matthew Bender, Virginia, 2002.

LÓPEZ BURNIOL, Juan José, *Comentaris al Codi de familia, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua* [art. 15], (EGEA FERNÁNDEZ/FERRER RIBA, Dirs.), Tecnos, Madrid, 2000.

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, "La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (la nueva redacción del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)", *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2007, pp. 3 y ss.

- "La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal", *Anuario de Derecho civil*, Tomo LXII-2, 2009.

- "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 4, 2010.

LÓPEZ MARCO, Pilar, "Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 37, 2007, pp. 60 y ss.

MACNEIL, Ian, "Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law", *72 Northwestern University Law Review*, 1978, pp. 854 y ss.

MAHAR, Heather, "Why are there so few prenuptial agreements?", *John M. Olin Center for Law, Economics, and Business*, Discussion Paper Number 436, 2003, pp. 1 y ss.

MALAVET, Pedro, "A counsel for the situation: The Latin notary, a historical and comparative model", *19 Hastings International and Comparative Law Review*, 1996, pp. 389 y ss.

MALO VALENZUELA, Miguel Ángel, "Los vicios de la voluntad en los principios de Derecho contractual europeo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 689, 2005, pp. 887 y ss.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales", en VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de (coordinador), *Daños en el Derecho de familia*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

MARSTON, Allison A., "Planning for love: The politics of prenuptial agreements," *49 Stanford Law Review*, 1997, pp. 894 y ss.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, "Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad" en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, coordinadora), Lexnova, Valladolid, 2009.

–*Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “La familia en la Constitución española”, *Revista española de Derecho constitucional*, Número 20, 2000, pp. 11 y ss.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

MCLAUGHLIN, Julia H., “Should marital property rights be inalienable? Preserving the marriage ante”, 82 *Nebraska Law Review*, 2003, pp. 469 y ss.

MEYER, David D., “The constitutionalization of family law”, 42 *Family Law Quarterly*, 2008, pp. 529 y ss.

MINOW, Martha, “Forming underneath everything that grows: Toward a history of family law”, *Wisconsin Law Review*, 1985, pp. 894 y ss.

MITCHELL, Gregory, “Why law and economics’ perfect rationality should not be traded for behavioral law and economics’ equal incompetence”, 91 *Georgetown Law Journal*, 2002, pp. 114 y ss.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 591 y ss.

–*El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988, pp. 99 y ss.

–“De la exclusividad a la imputabilidad en el error”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIX, 1990.

–“Comentario a los arts. 1261-1289 CC” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Volumen 1º B, Edersa, Madrid, 1993.

–“Comentario a los arts. 1265-1270 CC” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Volumen I, Edersa, Madrid, 1993.

NICHOLS, Gary, “Covenant marriage: Should Tennessee join the noble experiment?”, 29 *University of Memphis Law Review*, 1999, pp. 442 y ss.

OBERTO, Giacomo, “Prenuptial agreements in contemplation of divorce e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale” en *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale* (RUSCELLO, Francesco, coordinador), CEDAM, Padova, 2006.

PASTOR VITA, Francisco Javier, “La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales” en *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, Número 19, 2003, pp. 25 y ss.

PAZ-ARES, Ignacio, “Previsiones capitulares” en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de Familia*, Dykinson, Madrid, 2008.

PEARSON, James O., "Failure to disclose extent or value of property owned as ground for avoiding premarital contract", 3 *American Law Review* 5th, 2011, pp. 294 y ss.

PÉREZ SANZ, Antonio, "Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales", *Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXVI, 1985, pp. 10 y ss.

PERLINGIERI, Pietro, "La familia en el sistema constitucional español", *Revista de Derecho privado*, Número 72, 1988, pp. 107 y ss.

PINTO ANDRADE, Cristóbal, *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Bosch, Barcelona, 2010.

POSNER, Richard, "Rational choice, behavioral economics, and the law", 50 *Stanford Law Review*, 1998, pp. 1570 y ss.

POUND, Roscoe, "Individual interests in the domestic relations", 14 *Michigan Law Review*, 1916, pp. 177 y ss.

PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho civil español*, Tomo I, Barcelona, 1966.

QUIÑONERO CERVANTES, Enrique, "El dolo omisivo", *Revista de Derecho Privado*, LXIII, 1979, pp. 347 y ss.

RASMUSSEN, Eric & Evans Stake, JEFFREY, "Lifting the veil of ignorance: Personalizing the marriage contract", 73 *Indiana Law Journal*, 1998, pp. 453 y ss.

REAGAN, Milton C., "Spouses and strangers: Divorce obligations and property rhetoric", 82 *Georgetown Law Journal*, 1994, pp. 2303 y ss.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña" en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, coordinador), Editorial Aranzadi, Madrid, 2008.

REGAN, Milton C., "Market discourse and moral neutrality in divorce law", *Utah Law Review*, 1994, pp. 620 y ss.

RELSEY, David H. y FRY, Patrick P., "The relationship between permanent and rehabilitative alimony", 4 *Journal of American Academy of Matrimonial Lawyers*, 1988, pp. 1 y ss.

RIEDBERG, Leora, "Did unilateral divorce raise divorce rates?: Evidence from panel data", 88 *American Economy Review*, 1998, pp. 608 y ss.

ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social: De la casa a la persona*, Civitas, Madrid, 1999.

-"Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis", en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: Daños entre

cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 10, 2003, pp. 65 y ss.

ROJO AJURIA, Luis, *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994.

ROMÁN GARCÍA, Antonio, *El matrimonio y su economía (Régimen económico matrimonial legal y regímenes convencionales)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

ROY, Robert, “Enforceability of premarital agreements governing support or property rights upon divorce or separation as affected by fairness or adequacy of those terms—modern status”, *53 American Law Reporter* 4th, rev. 2012, pp. 161 y ss.

SALVADOR CODERCH, Pablo, “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 4, 2009.

SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan A. "Comentari a l'art. 1 del Codi de família" en *Comentari al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER RIBA, Josep, directores), Madrid, Tecnos, 2000.

SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

SCHERPE, Jens M. “Fairness, freedom and foreign elements – marital agreements in England and Wales after *Radmacher v Granatino*”, *Child and Family Law Quarterly*, Volumen 4, 2011.

–“Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*: Equidad, libertad y “elementos extranjeros”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Número 2, 2012.

–*Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, United Kingdom, 2012.

SCHNEIDER, Carl E., “Moral discourse and the transformation of American family law”, 83 *Michigan Law Review*, 1985, pp. 1807 y ss.

SCHULTZ, Marjorie Maguire, “Contractual ordering of marriage: A new model for state policy”, 70 *California Law Review*, 1982, pp. 249 y ss.

SCOTT Elizabeth S. y SCOTT, Robert E., “Marriage as relational contract”, 84 *Virginia Law Review*, 1998, pp. 1225 y ss.

–“A contractual theory of marriage” en *The fall and rise of freedom of contract* (F. H. Buckley, editor), Duke University Press, Durham y Londres, 1999.

SCOTT, Robert E., “Error and rationality in individual decision-making: An essay on the relationship between cognitive illusions and the management of choices”, 59 *South California Law Review*, 1986, pp. 338 y ss.

–“The case for formalism in relational contract”, 94 *Northwestern University Law Review*, 2000, pp. 847 y ss.

SCOTT, Elizabeth S., "Social norms and the legal regulation of marriage", 86 *Virginia Law Review*, 2000, pp. 1901 y ss.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, "Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código de Cataluña" en *El nuevo derecho de la persona y de la familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)* (BARRADA ORELLANA, Reyes, GARRIDO MELERO, Martín y NASSARE AZNAR, Sergio, coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona, 2011.

SERVIDEA, Karen, "Reviewing premarital agreements to protect the state's interests in marriage", 91 *Virginia Law Review*, 2005, pp. 541 y ss.

SHERMAN, Jeffrey G., "Prenuptial agreements: A new reason to revive an old rule", 53 *Cleveland State Law Review*, 2005, pp. 374 y ss.

SIEGEL, Reva B., "The modernization of marital status law: Adjudicating wives' rights to earnings, 1860-1930", 82 *Georgetown Law Journal*, 1994, pp. 2181 y ss.

SILBAUGH, Katharine B., "Marriage Contracts and the Family Economy", 93 *Northwestern University Law Review*, 1998, pp. 74 y ss.

SINGER, Jana B., "The privatization of family law", 1992 *Wisconsin Law Review*, 1992, pp. 1509 y ss.

SPEIDEL, Richard E., "The characteristics and challenges of relational contracts", 94 *Northwestern University Law Review*, 2000, pp. 827 y ss.

STAKE, Jeffrey Evans, "Roundtable: Opportunities for and limitations of private ordering in family law", 73 *Indiana Law Journal*, 1998, pp. 535 y ss.

STARK, Barbara, "Marriage proposals: from one-size-fits-all to postmodern marriage law", 89 *California Law Review*, 2001, pp. 1479 y ss.

STARNES, Cynthia, "Divorce and the displaced homemaker: A discourse on playing with dolls, partnership buyouts and dissociation under no-fault", 60 *University of Chicago Law Review*, 1993, pp. 119 y ss.

STONE, Lawrence, *Uncertain unions and broken lives, Marriage and divorce in England*, Oxford University Press, USA, 1995.

SUGARMAN, Stephen D. y KAY, Herma Hill, *Divorce Reform at the Crossroads*, Yale University, New Haven, 1990.

SWISHER, Peter Nash, "The ALI Principles: A farewell to fault - but what remedy for the egregious marital misconduct of an abusive spouse?", 8 *Law & Policy Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2001, pp. 233 y ss.

TIFFANY, Walter C., *Handbook on the law of persons and domestic relations*, edición de COOLEY, Roger W., West Publishing Co., Minnesota, 1909.

TIRADO, Armando J., "Notarial and other registration systems", 11 *Florida Journal of International Law*, 1996, pp. 171 y ss.

TREITEL, G.H., *Frustration and Force Majeure*, Sweet and Maxwell, London, 1994.

TURNER, Brett R. y MORGAN, Laura W., "Attacking and defending marital agreements", *ABA Section on Family Law*, 2012, pp. 379 y ss.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, "Algunas reflexiones en torno a la exclusividad y reconocibilidad del error en los contratos" en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Volumen 2, Universidad de Valencia, Departamento de Derecho Civil, 1996.

-“El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio” en *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Thomson, Aranzadi, 2005.

-“El dolo *in contrahendo*”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 16, 2006, pp. 43 y ss.

-“Algunas reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como fuente de responsabilidad precontractual” en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Volumen 1, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

–“Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *La Ley*, número 6676, 2007.

WARDLE, Lynn D., “Deconstructing family: a critique of the American Law Institute's “domestic partners” Proposal”, *Brigham Young University Law Review*, 2001, pp. 1193 y ss.

–“Lessons from the Bill of Rights about constitutional protection for marriage”, 38 *Loyola University of Chicago Law Journal*, 2007, pp. 285 y ss.

WARREN, Samuel D. y BRANDEIS, Louis D., “The right to privacy”, 4 *Harvard Law Review*, 1890, pp. 193 y ss.

WAX, Amy L., “Bargaining in the shadow of the market: is there a future for egalitarian marriage?”, 84 *Virginia Law Review*, 1998, pp. 509 y ss.

WHITE, Kimberly Diane, “Covenant marriage: An unnecessary second attempt at fault-based divorce, 61 *Alabama Law Review*, 2010, pp. 877 y ss.

WILLIAMS, Hannon, “Postnuptial agreements”, *Wisconsin Law Review*, 2007, pp. 881 y ss.

WILLIAMS, Joan, *Unbending gender: Why family and work conflict and what to do about it*, Oxford University Press, New York, 2000.

WILSON, Robin Fretwell, *Introduction to reconceiving the family: Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*, Robin Fretwell Wilson ed., 2006.

WINER, Edward L., "Introduction to premarital and marital contracts: a lawyer's guide to drafting and negotiating enforceable marital and cohabitation agreements", *American Bar Association*, 1993, pp. 12 y ss.

WITTE, John, *From sacrament to contract: Marriage, religion, and the law in Western tradition*, Westminster John Knox Press, Kentucky, 1997.

YOUNGER, Judith T., "Perspectives on antenuptial agreements", 8 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 1988, pp. 1059 y ss.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal", *ECONOMIST & JURIST*, año XVI, 2008, pp. 19 y ss.

ZELIG, Kaylah Campos, "Putting responsibility back into marriage: making a case for mandatory prenuptials", 64 *University of Colorado Law Review*, 1993, pp. 1223 y ss.