

Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad¹

SILVIA GASPAR LERA

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de una de las manifestaciones de la progresiva ampliación del ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia. Se trata de los denominados pactos prematrimoniales o pactos prenupciales en cuya virtud quienes van a contraer matrimonio, y con vistas a su celebración, deciden cómo deben desenvolverse sus relaciones personales o las consecuencias de su eventual ruptura. De lo que aquí se trata es de determinar en este ámbito los límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes y de poner de relieve la necesidad de garantizar adecuadamente la libre emisión de su consentimiento.

PALABRAS CLAVE

Matrimonio. Autonomía de la voluntad. Acuerdo prematrimonial. Acuerdo prenupcial. Nulidad. Ineficacia.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Validez y eficacia de normas y actos jurídicos» (DER2008-01669/JURI), del que es investigador principal el Dr. Jesús Delgado Echeverría.

ABSTRACT

As a statement of contractual freedom in the field of Family Law it's becoming more common for persons contemplating marriage to seek to resolve by agreements certain issues presented by the forthcoming marriage and the consequences of an eventual marriage breakdown. The aim of the present work is to go deep into these premarital agreements between prospective spouses and to set forth the conditions under which they are void and the circumstances under which is provided parties executed the agreement voluntarily.

KEY WORDS

Marriage. Contractual freedom. Prenuptial agreement. Premarital agreement. Void contract. Ineffectiveness.

SUMARIO: 1. *Sobre la progresiva ampliación del ámbito de autonomía de la voluntad en el Derecho de familia.* 2. *Régimen jurídico de los acuerdos prematrimoniales.* 3. *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad.* 3.1. *Preliminares.* 3.2. *Acuerdos sobre relaciones personales entre los cónyuges.* 3.2.1. *Acuerdos sobre los deberes conyugales.* 3.2.2. *Acuerdos sobre indemnización por incumplimiento de los deberes conyugales.* 3.3. *Acuerdos sobre el hecho de la ruptura del matrimonio.* 3.3.1. *Acuerdos sobre causas de separación o divorcio.* 3.3.2. *Acuerdos sobre indemnización por ruptura del matrimonio.* 3.4. *Acuerdos sobre los efectos de la eventual ruptura del matrimonio.* 3.4.1. *Los acuerdos prematrimoniales como convenio regulador.* 3.4.2. *Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico.* A. *Consideraciones iniciales.* B. *Presupuestos de validez y eficacia de la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico.* 3.4.3. *Renuncia anticipada a la compensación por el trabajo para la casa.* 4. *La relevancia del proceso de formación del acuerdo prematrimonial: elementos de apreciación de la libertad de consentimiento.* 5. *La forma de los pactos prematrimoniales.* 5.1. *La escritura pública como garantía de validez de los acuerdos prematrimoniales.* 5.2. *Capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura.*

1. SOBRE LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

La evolución del Derecho de familia en España a lo largo de las tres últimas décadas se ha caracterizado por el reconocimiento de un

ámbito de actuación, cada vez mayor, de la autonomía de la voluntad. Esta evolución se ha materializado en la aprobación de sucesivas disposiciones legales que han ido reforzando el poder de decisión de los cónyuges sobre los efectos derivados de la celebración y extinción de su matrimonio. En este sentido, siquiera sea sucintamente, cabe referirse hasta el momento: a la Ley 14/1975, de 2 de mayo, que esencialmente eliminó las limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer casada; a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que consagró el principio de libertad de los cónyuges para celebrar entre sí todas clase de actos y negocios jurídicos; a la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo la figura del convenio regulador, permitiendo a los consortes determinar de mutuo acuerdo los efectos de su ruptura; y a la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha ampliado el ámbito de autonomía de los casados en orden a poner fin a su convivencia –reconociéndoles la facultad de solicitar la disolución del matrimonio sin más trabas que el transcurso de tres meses desde su celebración– y a determinar los efectos de la ruptura².

La autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia se ha venido ejerciendo, principalmente, a través de los siguientes instrumentos: las capitulaciones matrimoniales, para estipular, modificar o sustituir los otorgantes el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (art. 1325 CC.); el convenio regulador homologado judicialmente –que se integra en la sentencia de separación o divorcio–, por el que los cónyuges determinan, una vez sobrevinida la crisis, los efectos de su ruptura (art. 90 CC.); y los pactos privados de la sepa-

² Es ilustrativa de la progresiva ampliación del ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se expresa lo siguiente: «La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad.– En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta Ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.– Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge». Y sobre la autonomía de la voluntad en la determinación de las medidas que han de regular los efectos de la ruptura, también son ilustrativas las consideraciones contenidas en la referida Exposición de Motivos: «La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas».

ración de hecho, a los que una consolidada jurisprudencia atribuye la eficacia vinculante propia de los contratos³.

En el momento presente, a los anteriores negocios jurídicos de familia hay que añadir los acuerdos celebrados por una pareja antes de contraer matrimonio con la finalidad de concretar las consecuencias de una futura y eventual ruptura, incluso con el objeto de adaptar la relación personal de los cónyuges, constante la convivencia, a sus particulares convicciones y circunstancias. Se trata de los que cabe denominar acuerdos prematrimoniales o prenupciales, carentes de tradición en el Derecho español, que se han ido introduciendo paulatinamente en nuestro ordenamiento por la vía convencional⁴.

Esa falta de tradición de los acuerdos mencionados se traduce en la ausencia de un régimen jurídico específico –como se verá más adelante únicamente algunas legislaciones autonómicas los

³ A partir de la sentencia de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251), el Tribunal Supremo ha reconocido la validez y eficacia de los contratos celebrados entre cónyuges en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial no aprobados judicialmente. La validez de estos acuerdos, calificados por la jurisprudencia como auténticos negocios jurídicos de Derecho de familia, viene determinada por la concurrencia de los requisitos estructurales establecidos con carácter general en sede de contratos (art. 1261 CC.) y por el cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición; se trata de acuerdos que constituyen, en suma, una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de la relaciones privadas que no está condicionada en cuanto a su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial. Entre otras muchas, a este respecto, *vid.* las SSTs de 15 de febrero 2002 (RJ 2002/1619), 3 de febrero de 2006 (RJ 2006/622), y 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/7307).

⁴ Es en EE.UU. donde existe mayor tradición en materia de acuerdos prematrimoniales, que después de haber sido cuestionados durante largo tiempo por los tribunales, han sido objeto de regulación específica en la *Uniform Premarital Agreement Act* de 1983, en la que ocupan un lugar destacado las medidas destinadas a garantizar el libre consentimiento de los otorgantes (para un examen de los precedentes jurisprudenciales sobre la materia y del estado actual de la cuestión, *cfr.* ANGUITA VILLANUEVA, L. A., «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos a la realidad española», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 278 a 300). Por lo que se refiere a Europa, el legislador alemán se ha limitado a reconocer en el §1408 BGB la posibilidad de renunciar a la compensación por desequilibrio económico mediante pacto expreso incluido en capitulaciones matrimoniales (sobre la admisibilidad de los pactos prenupciales en el Derecho alemán, su utilidad y la preocupación creciente en la práctica por determinar los límites a la autonomía de la voluntad, *cfr.* NARDONE, A., «Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio [a proposito della sentenza della Corte Suprema Federale tedesca dell'11 febbraio 2004]», en *Familia. Rivista di Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, 1, 2005, pp. 133 a 154 y JENS-UWE FRANCK, L. M., «So hedge therefore, who join forever: understanding the interrelation of no-fault divorce and premarital contracts», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2009, vol. 23, Issue 3, pp. 235 a 276). En Italia no se admite la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico, al prohibir el art. 160 del *Codice civile* la derogación de los derechos previstos por la ley, mas la doctrina se ha pronunciado a favor de la admisibilidad en general de los acuerdos prematrimoniales para la regulación de otros extremos (en este sentido, proponiendo para este tipo de acuerdos un régimen jurídico *ad hoc* por estimar insuficientes las reglas aplicables a los contratos, *cfr.* BARGELLI, E., «L'autonomia privata nella famiglia legittima: el caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, n.º 2-3, 2001, p. 324).

han reconocido, con diferente alcance, de forma expresa— y en una escasa jurisprudencia al respecto. La doctrina, sin embargo, se ha ocupado con cierto interés de la materia, mostrándose favorable a este tipo de negocios. En este sentido no sólo se afirma con carácter general su validez y eficacia sino que se ha puesto de relieve la ventaja que supone para los cónyuges poder corregir convencional y anticipadamente resultados injustos o no queridos, que en defecto de consenso —difícil de alcanzar cuando se produce la ruptura— vendrían determinados por la ley⁵.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES

Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial tuvieron reflejo legal por vez primera en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, cuyo artículo 15 establecía lo siguiente: «En los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial»⁶. Más completa y precisa resulta la vigente regulación al respecto contenida en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Cód-

⁵ Es verdad que plantear antes incluso de contraer matrimonio las consecuencias que habrán de seguirse de la ruptura parece poco alentador en relación con las expectativas que se pueden tener depositadas en la propia unión conyugal, pudiendo quedar en entredicho el grado de compromiso que se pretende adquirir. Pero ello no resulta determinante en orden a la cuestión relativa a la validez y eficacia de este tipo de acuerdos; antes bien, como se expone en el texto, la doctrina ha puesto de relieve su utilidad, señaladamente en los casos de personas que han soportado las consecuencias negativas de un matrimonio anterior, en los supuestos de familias reconstituidas y también cuando las fortunas de los cónyuges son muy desiguales (sobre la admisibilidad de los pactos prenupciales en previsión de una crisis matrimonial, cfr: GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVI, 2003.II, pp. 1657 y 1658; PASTOR VITA, F. J., «La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19, 2003, pp. 26 y 27; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)», en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 81, julio de 2008, p. 10; PÉREZ HEREZA, J., «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, tomo XLVIII, 2008, pp. 597; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 80 y 81).

⁶ En relación con la cuestión que nos ocupa es significativo el incremento exponencial del número de capitulaciones matrimoniales en Cataluña —donde, como es sabido, el régimen económico legal es el de separación de bienes—, coincidiendo con la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, que reconoció expresamente la posibilidad de prever en dicho instrumento las consecuencias de una crisis matrimonial (art. 15.1). Se ha apuntado que muy probablemente ese aumento de capítulos esté vinculado, entre otras razones, a las crisis conyugales aunque mayoritariamente todavía sigan contemplándose *ex post* y no *ex ante* (cfr. LAMARCA MARQUÉS, A., FARNÓS AMORÓS, E., AZAGRA MALO, A. y ARTEGOT GOLABARDES, M., «Separación de bienes y autonomía privada familiar: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?», en *Revista InDret*, 4/2003, p. 12).

go Civil de Cataluña, cuyo artículo 231-20, además de admitir expresamente los pactos en previsión de una ruptura, establece los específicos requisitos determinantes de su validez y eficacia⁷.

Por su parte, el legislador valenciano se ha limitado a reconocer en el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial de Valencia, la posibilidad de los cónyuges de establecer pactos prematrimoniales, sin más límites que lo que determina dicha disposición legal, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio⁸.

Por cuanto se refiere al Derecho civil común, la falta de referencia expresa en el Código a este tipo de negocios familiares no significa que no quepan en él. Antes bien, los pactos suscritos para regular los efectos de la celebración del matrimonio y de su eventual y futura ruptura encuentran fundamento en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC.) y de la plena libertad de los cónyuges para contratar entre sí (art. 1323 CC.), así como para adoptar cualquier estipulación por razón de su matrimonio (art. 1325 CC.). Son de aplicación en esta sede –como sucede con los demás negocios familiares– las normas generales de los contratos, de modo que si se admite su validez por no ser contrarios a la ley, a la moral ni al orden público (art. 1255 CC.), sólo podrán invalidarse por falta de capacidad o vicios del consentimiento (arts. 1261 y 1300 CC.) o, en

⁷ El artículo 231.20 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, dispone lo siguiente: «*Pactos en previsión de una ruptura matrimonial.*— 1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenuptiales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio.— 2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.— 3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.— 4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.— 5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron».

⁸ En el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, se establece lo siguiente: «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 para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta Ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio».

su caso, por defecto de forma (art. 1279 CC.). Y siendo acuerdos válidos, su ineficacia podrá justificarse por aplicación de la doctrina de la alteración sobrevenida de las bases objetivas del convenio suscrito entre los cónyuges (*rebus sic stantibus*).

Lo cierto es que los negocios jurídicos de familia, y en particular los que son aquí objeto de consideración, presentan unas características propias –por razón de los sujetos, finalidad, contenido y momento de celebración– que exigen un examen más estricto de su validez y eficacia. Precisamente lo que se pretende en el presente trabajo es profundizar en los presupuestos de validez y eficacia de los acuerdos prematrimoniales, para lo que se adoptará el siguiente modo de proceder: inicialmente, se analizarán los límites a la autonomía de voluntad de los cónyuges en este ámbito; posteriormente, se abordará el modo de garantizar su libertad de autodeterminación; para por último, abordar la cuestión de la forma del acuerdo alcanzado.

3. ACUERDOS PREMATRIMONIALES SOBRE RELACIONES PERSONALES ENTRE CÓNYUGES Y SU RUPTURA: LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

3.1 Preliminares

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los acuerdos en cuya virtud los otorgantes, antes de contraer matrimonio y con vistas a su celebración, determinan convencionalmente ciertos aspectos como el modo en que se desenvolverán sus relaciones personales o las consecuencias de su eventual ruptura. En orden a concretar los límites a la autonomía de la voluntad de las partes sistematizaré los acuerdos a considerar –asumiendo que dada la gran variedad de contenidos posibles hay que desestimar de antemano cualquier pretensión de exhaustividad– en los tres grupos siguientes:

En primer lugar, me referiré a aquéllos que tienen por objeto los derechos y deberes conyugales, en particular: los que persiguen configurar el contenido personal del estado de casado y los que consisten en el establecimiento de una indemnización por su incumplimiento.

En segundo lugar, me ocuparé de los pactos atinentes al hecho mismo de la ruptura, en concreto: los que suponen el establecimiento de causas específicas para poner fin al matrimonio y los que comportan una sanción a cargo del cónyuge que insta la separación o el divorcio.

Y en tercer lugar, me detendré en los acuerdos sobre fijación preventiva de las medidas a adoptar en caso de separación o divorcio; señaladamente los relativos a la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico y a la compensación por el trabajo dedicado a la casa.

3.2 Acuerdos sobre relaciones personales entre los cónyuges

3.2.1 ACUERDOS SOBRE LOS DEBERES CONYUGALES

Como es sabido, el Código civil establece que son deberes de los cónyuges respetarse, ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia (art. 67), vivir juntos, prestarse fidelidad, socorrerse mutuamente y compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo (art. 68)⁹. Desde el punto de vista que aquí interesa, los deberes mencionados constituyen junto con el principio de igualdad de los cónyuges (art. 32 CE. y art. 66 CC.) el contenido nuclear de la relación matrimonial; y en cuanto efectos típicos y esenciales del matrimonio resultan independientes de la voluntad de aquéllos de asumirlos en todo o en parte¹⁰.

Conviene poner de relieve que la indisponibilidad de los deberes conyugales se ha visto afectada por la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha supuesto

⁹ El deber de los cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo fue introducido en el Código civil, con poca fortuna, por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Llama la atención la adición en el artículo 68 de este nuevo deber –que en realidad puede entenderse implícito en el de ayuda y socorro–. Como ha puesto de relieve la mayoría de la doctrina, parece que el legislador ha tratado de dejar claro que esas tareas incumben a ambos consortes, pero no hay inconveniente en que las dividan entre ellos válidamente como estimen más oportuno. Sobre las cuestiones que suscita el nuevo inciso del artículo 68 del Código civil, cfr: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la reforma de separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 29; ROGEL VIDE, C., «Buenos y malos tratos, los deberes de los cónyuges en la esfera personal» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005, p. 571; CARRIÓN OLMOS, S., «Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, coord. DE VERDA BEAMONTE, J. R., *Cizur Menor*, Aranzadi, 2006, p. 180; DE VERDA BEAMONTE, J. R., «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», en *Diario La Ley* (www.diaristolaley.es), núm. 6676, marzo de 2007; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil IV, Familia*, tercera edición revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J., Madrid, Dykinson, 2008, pp. 66 y 68; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho civil (IV), Derecho de familia*, segunda edición, 2008, Madrid, Colex, pp. 150 y 151; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 133 nota 32 y pp. 242 y 243.

¹⁰ En este sentido, cfr. LETE DEL RÍO, J. M., «Artículo 66 del Código civil», *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, coord. LACRUZ BERDEJO, J. L., segunda edición, Madrid, Civitas, 1994, p. 638.

una reducción del ámbito de eficacia jurídica del contenido del matrimonio¹¹. Ello no obstante, es posible seguir afirmando que su celebración comporta unas limitaciones personales que están determinadas legalmente y que asume el que se casa en virtud de un compromiso que tiene reconocimiento en la Constitución. De ahí que no puedan los cónyuges, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, eliminar de manera radical alguno de aquellos derechos o deberes que constituyen el contenido esencial del matrimonio¹². Un acuerdo prenupcial en este sentido –piénsese en la exclusión del deber de fidelidad autorizándose recíprocamente los cónyuges al mantenimiento de relaciones sexuales con otras personas o en la decisión de no vivir juntos en absoluto sin justa causa– provocaría la inexistencia de consentimiento matrimonial, debiéndose tener por no puesto en caso de haberse suscrito con posterioridad a la celebración del matrimonio (art. 45 CC.)¹³.

¹¹ En la vigente regulación del matrimonio, los deberes conyugales carecen prácticamente de relevancia jurídica, con la única excepción del deber de socorro en su dimensión patrimonial, ya que su incumplimiento no provoca casi ninguna consecuencia jurídica: ni se conceden mecanismos de reacción al cónyuge cumplidor, ni el incumplidor afronta sanción jurídica relevante como consecuencia de su incumplimiento.

¹² Aunque la continuidad del matrimonio y la subsistencia de los deberes conyugales depende de la voluntad de cualquiera de los cónyuges –pues basta para ello solicitar el divorcio en cualquier momento y sin necesidad de alegar causa alguna–, en todo caso es preciso dejar de ser cónyuges para que los deberes conyugales desaparezcan [cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «El nuevo matrimonio civil», en *Novedades legislativas en materia matrimonial* (Estudios de Derecho Judicial) núm. 130], Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 29 a 31 y en *Curso de Derecho civil (IV)*, cit., pp. 141 a 151; también LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil IV*, cit., p. 66 a 69 que afirma que la materia de la convivencia parece del todo indisponible, que pese al cambio de orientación sobre el entendimiento de la vida íntima persiste en el deber mismo de fidelidad y que cualquier incumbencia doméstica o familiar es responsabilidad de ambos cónyuges].

¹³ En el sentido de lo expuesto en el texto se ha pronunciado la mayoría de la doctrina, afirmando que el pacto prenupcial por el que se excluye de manera radical alguno de los derechos o deberes conyugales provoca la nulidad del matrimonio por inexistencia de consentimiento; cfr. GETE ALONSO Y CALERA, M.^a C., «Artículo 67 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 318; LACRUZ BERDEJO, J. L., «Artículo 68 del Código civil» (revisado para la segunda edición por RAMS ALBESA, J. y DELGADO ECHEVERRÍA, J., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil* (coord. LACRUZ BERDEJO, J. L., segunda edición, Madrid, Civitas, 1994, pp. 651 a 664; MEDINA DE LEMUS, M., «Artículos 66 a 72 del Código civil», en *Comentarios al Código civil* (coord. RAMS ALBESA, J.), tomo II, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 649 y 650; PÉREZ VALLEJO, A. M.^a, *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Granada, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 2000, p. 179; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)», en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 82, septiembre de 2008, p. 2; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Novedades...», cit., p. 30. Con posterioridad a la reforma del Código civil operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, DE PABLO CONTRERAS se ha pronunciado en otro sentido, estimando que la condición, el término o el modo que se refieren a la disciplina del matrimonio ya no obstaculizan el nacimiento del vínculo y se tendrán simplemente por no puestas; ello porque, según explica el citado autor, tras la admisión del divorcio unilateral y sin expresión de causa no existe razón alguna para conceptualizar los deberes relacionados en los artículos 67 y 68 CC. como obligaciones jurídicas por carecer su incumplimiento de sanción alguna, de modo que no pueden servir para integrar el

Otra consideración merecen, sin embargo, los acuerdos que se limitan a concretar o modular alguno de esos derechos o deberes, pues si esa modulación no afecta a su contenido esencial —es decir, sigue siendo reconocible como tal deber— no cabe hablar de nulidad del matrimonio o de acuerdo no puesto. Ahora bien, es preciso poner de relieve que aquellos hechos que sólo se manifiestan en las relaciones íntimas de los cónyuges no pueden ser materia de convenio con eficacia jurídica y, por tanto, no cabe atribuir consecuencias a su infracción¹⁴. En cuestiones puramente personales resulta vedado al juez el conocimiento del conflicto, que debe resolverlo la pareja.

3.2.2 ACUERDOS SOBRE INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES

En la vigente regulación del matrimonio los deberes conyugales, con la única excepción del deber de socorro en su vertiente patrimonial, carecen prácticamente de relevancia jurídica, ya que su incumplimiento no se vincula a la posibilidad de solicitar la separación o divorcio por parte del cónyuge cumplidor ni tiene como consecuencia la posibilidad de que el cumplidor reclame una indemnización por daños y perjuicios, básicamente morales, derivados del mero incumplimiento del deber de que se trate¹⁵.

carácter matrimonial del consentimiento (cfr. DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho civil [IV], Derecho de familia*, coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., segunda edición, Madrid, Colex, 2008, pp. 122 y 123).

¹⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Artículo 68 del Código civil», cit., p. 656.

¹⁵ En la jurisprudencia española el Tribunal Supremo ha negado el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales en dos conocidas sentencias, relacionadas ambas con la vulneración del deber de fidelidad con la consecuencia del nacimiento de hijos extramatrimoniales. Se trata de las sentencias de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721) y de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726). En la primera de ellas no se considera procedente la indemnización solicitada por el marido ofendido, al no apreciarse una conducta dolosa de la mujer en torno a la ocultación de la paternidad biológica del menor. Y en la sentencia de 30 de julio, el Tribunal rehúsa la aplicación de los preceptos que regulan la responsabilidad por incumplimiento contractual, y aun reconociendo la existencia de una conducta dolosa por parte de la mujer, afirma que por más que se estimen como contractuales los deberes conyugales en razón de la propia naturaleza del matrimonio, el daño moral generado por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia conyugal obligaría a indemnizar. La ausencia de una doctrina jurisprudencial clara en esta materia —consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales— ha propiciado que las Audiencias se hayan pronunciado sobre la cuestión con criterios diversos. Así, en la SAP de Segovia de 30 de septiembre de 2003 (JUR 2003/244422), en relación con la solicitud de una indemnización por parte de la esposa alegando el sufrimiento que le había causado su marido al abandonar el domicilio conyugal, se afirma que los deberes de ayuda y socorro, comprensivos no sólo de lo que materialmente puede entenderse como alimentación sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, son deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna. Y con referencia al deber de fidelidad, existen pronunciamientos en los que se adopta una línea más abierta que la del Tribunal Supremo, al considerar que si bien la infidelidad no es indemnizable, sí lo es la negligencia en la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultación al cón-

Sin embargo, no parece que deba negarse al cónyuge ofendido el derecho a obtener una indemnización cuando pueda acreditar la existencia de un daño moral autónomo y separable de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas, como el causado a su integridad física o psíquica, dignidad, libertad o intimidad¹⁶. En cualquier caso, es evidente la dificultad que suscita en el Derecho español la distinción de las conductas de los cónyuges que dan lugar a daños compensables de las que constituyen violaciones de la relación conyugal no resarcibles.

Precisamente, un acuerdo prenupcial consistente en fijar una indemnización a cargo del cónyuge incumplidor de los deberes incoercibles que derivan del matrimonio, permitiría dar trascendencia jurídica a estos últimos, eliminando incertidumbres tanto sobre la posibilidad de obtener resarcimiento como sobre su determinación. Y en cuanto a su validez, no parece que quepa cuestionarla, pues a diferencia de los acuerdos de supresión de los deberes conyugales, los que ahora consideramos no comportan una alteración del contenido indisponible del matrimonio¹⁷. Los cónyuges simplemente 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 plantea-

yuge [*vid.* SAP Valencia de 2 noviembre de 2004 (AC 2004/1994), SAP Barcelona 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682) y SAP Valencia 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/340366)]. Mas también se ha afirmado que el mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero, atribuido falsamente por vía de pre-nunciación al marido, es hecho que por sí mismo genera responsabilidad civil, pues la incoercibilidad de los deberes conyugales no significa que la violación de los mismos no pueda generarla [SAP Cádiz 3 de abril de 2008 (JUR 2008/234675)].

¹⁶ En este sentido, cfr.: FERRER RIBA, J., «Relaciones familiares y límites al derecho de daños», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coord. CABANILLAS SÁNCHEZ, vol. II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1857 y 1858; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., «Separación y divorcio sin causa. Situación de daños personales», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, pp. 145 a 162 y «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», en *Daños en Derecho de familia*, coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 165 a 168; FARNÓS AMORÓS, E., «Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad», en *Revista InDret* 10/2007, pp. 11 y 12; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paternofiliales*, Cizur-Menor, Thomson-Reuters, 2009, pp. 89 y 90; LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», en *Revista InDret* 4/2010, pp. 32 a 34; y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español», cit., www.diariolaley.es.

¹⁷ En contra de lo afirmado en el texto, se ha manifestado que los pactos de indemnización a cargo del cónyuge incumplidor de un deber matrimonial deben considerarse nulos, pues los artículos 67 y 68 CC. son un conjunto de deberes, no de obligaciones, lo que significa que su inobservancia no es equiparable, en cuanto a los efectos, al incumplimiento contractual: no es pensable el cumplimiento forzoso o in natura o por equivalente de un deber conyugal incumplido (cfr. PINTO ANDRADE, C., *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 65). Lo cierto es que frente a esta opinión cabe aducir que una cosa es que los deberes conyugales sean incoercibles y otra que su inobservancia pueda generar la obligación de resarcir a cargo del incumplidor.

mientos, convicciones y expectativas depositadas en el matrimonio, el grado de compromiso que pretenden asumir¹⁸.

3.3 Acuerdos sobre el hecho de la ruptura del matrimonio

3.3.1 ACUERDOS SOBRE CAUSAS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO

Según ha quedado expuesto, el contenido personal que conforma el núcleo central del estado civil de casado está constituido básicamente por los deberes de los cónyuges relacionados en los artículos 67 y 68 del Código civil. Mas también forma parte de ese contenido esencial la facultad que incumbe a cada cónyuge de solicitar la separación o el divorcio con los efectos que señala la ley (arts. 81 y 86 CC.).

Respecto de esta última facultad de los cónyuges, es de sobra conocido que tras la reforma del Código civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, han desaparecido las causas para solicitar judicialmente la separación y el divorcio, exigiéndose únicamente la voluntad de una de las partes y el transcurso de un plazo mínimo tras el matrimonio. Precisamente, como reacción frente a la absoluta libertad que reconoce el vigente modelo legal, podría suceder que los cónyuges acordaran restringir la facultad de poner fin a la convivencia o al matrimonio, supeditándola a la concurrencia de determinadas causas; así por ejemplo: las contempladas en los artículos 82 y 86 CC. en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la mencionada Ley 15/2005¹⁹.

Lo cierto es que un acuerdo con dicho contenido supondría configurar convencionalmente un sistema propio de causas de separación y/o divorcio para el matrimonio proyectado, modificando el legal existente, lo que no parece estar al alcance de la autonomía de la voluntad de las partes²⁰.

Otra cosa es que, como sucede en EE.UU., los contrayentes puedan optar entre el matrimonio sujeto a divorcio no culpable (*no*

¹⁸ En este sentido, cfr.: MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 92 y PAZ-ARES, I., «Previsiones capitulares», en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y provisiones capitulares. Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 140.

¹⁹ Sostiene la validez de este tipo de pactos, sobre la base de considerar que no comportan una vulneración del orden público por cuanto no infringen ninguna norma fundamental ni suprimen el derecho a instar la separación o el divorcio, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal», en *Economist & Jurist*, 2008, pp. 19 y 20.

²⁰ En este sentido, cfr.: GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)», cit., p. 3; LÓPEZ MARCO, P., «Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio»; en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 37 de octubre de 2007, p. 60 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, cit., pp. 89 a 91.

fault divorce) y el matrimonio sometido a un sistema tasado de causas de separación y divorcio (*covenant marriage*) que tiende a dificultar la ruptura y a permitirla sólo en los casos extremos de imposible convivencia matrimonial²¹. Pero este no es el caso del Derecho español, a pesar del énfasis puesto en la libertad individual de los cónyuges por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma el Código civil en materia de separación y divorcio.

Distintas consideraciones merecen, sin embargo, en cuanto a su validez, los acuerdos que tienen por objeto penalizar económicamente al cónyuge que decide poner fin a la vida en común. De ellos nos ocupamos a continuación.

3.3.2 ACUERDOS SOBRE INDEMNIZACIÓN POR RUPTURA DEL MATRIMONIO

Los acuerdos prenupciales también pueden consistir en establecer a cargo del cónyuge que insta la ruptura del matrimonio la obligación de abonar al otro una determinada cantidad. Se trata de pactos vinculados al hecho mismo de la separación o divorcio, con independencia de la existencia o no de causa, aunque luego veremos la incidencia de esta circunstancia sobre su eficacia.

En orden a un examen de la validez de este tipo de acuerdos resulta interesante partir de la SAP de Almería de 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623), que hasta donde conozco es la única que se ha pronunciado al respecto. El marido, español, había asumido la obligación, para el caso de cese de la convivencia conyugal, de indemnizar determinada cantidad a su mujer, rusa, después de transcurrido el primer año de convivencia. Dicha cantidad se incrementaría progresivamente en función de los años de convivencia del matrimonio. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código civil. El marido pone fin a la convivencia y la mujer reclama entonces la correspondiente indemnización. El juez de primera instancia declara la nulidad de la estipulación por ser contraria al orden público matrimonial, las buenas costumbres, la moral y la ética social, pues supone penalizar el cese

²¹ En algunos Estados de EE UU el legislador ha regulado junto al matrimonio formalmente disoluble otro opcional (*covenant marriage* o matrimonio blindado o matrimonio-alianza) en el que los cónyuges asumen determinadas causas de ruptura y el compromiso formal de procurar superar las eventuales dificultades que pudieran amenazar la continuidad de la unión. Se trata de iniciativas legales orientadas al fortalecimiento del matrimonio –otra cosa es que efectivamente supongan una reducción del número de rupturas o de sus efectos negativos– que permiten la plasmación positiva de la libertad de los cónyuges de comprometerse (cfr. NAVARRO VALLS, R., «El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses», en *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 764 a 770; CAÑIVANO SALVADOR, M. A., «El *covenant marriage* como alternativa a las *no-fault divorce laws*: una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial», en *Revista de Derecho Privado*, 2002, núm. 86, pp. 166 a 182).

de la convivencia conyugal, no siendo admisible que se pague por ésta. La Audiencia ratifica el pronunciamiento de instancia en lo relativo a la nulidad del acuerdo, mas afirmando lo siguiente:

«... de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho de separación matrimonial reconocido implícitamente en el artículo 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de los derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito del matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial [...] Por otra parte la nulidad de la cláusula alcanza a los casos en que no se instase judicialmente la separación, pues se prevé su operatividad para los casos de simple cese de la convivencia. La razón de ello estaría en la falta de igualdad de los cónyuges que ocasiona aquélla y que sería contraria al artículo 32.1 de la Constitución que consagra el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Esta 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.»

Pese a lo que se afirma en la sentencia de referencia, creo que el establecimiento de una pena convencional por la ruptura del matrimonio no supone la introducción de un elemento de racionalización en un derecho que se configura legalmente en términos de libertad ni comporta una limitación a su ejercicio²². La clave sobre la invalidez de un acuerdo prematrimonial del tipo que nos ocupa se encuentra en otros razonamientos que aparecen apuntados en la propia sentencia de referencia; a saber:

a) De un lado, en la imposibilidad del cónyuge que quiere separarse o divorciarse de asumir la pena establecida convencio-

²² La doctrina no es unánime. Sostiene PÉREZ HERESA, que los acuerdos que vinculan la indemnización al solo hecho de la ruptura son contrarios a la moral, pues el ordenamiento jurídico establece derechos que nacen con ocasión de la crisis matrimonial cuyo fundamento es variable pero que en general se inspiran en la necesidad de reparar el perjuicio causado por la ruptura; si estamos en un caso en que no concurren los presupuestos para el nacimiento de estos derechos, acordar la indemnización a cargo de un cónyuge supone, según el citado autor, «convertir al matrimonio en un mecanismo para prosperar económicamente» (PÉREZ HERESA, J., «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», cit., pp. 589 y 590). En sentido diverso, afirmando la validez de los acuerdos que consideramos, se ha pronunciado GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Los pactos prematrimoniales...», cit., p. 1670, en cuya opinión: «... la consideración de que la pena convencional pactada limita el implícito derecho constitucional a separarse del obligado a su pago, olvida que la declaración de nulidad de la cláusula puede impedir el, éste sí, derecho constitucional expreso a contraer matrimonio de quienes deseen hacerlo con acuerdos como el descrito; y de otra parte, debe tenerse en cuenta que el esposo obligado tendrá tanto menos que pagar cuanto antes se separe, lo cual, al contrario de lo que afirma la Audiencia, más que impedir, induce a la separación».

nalmente a cargo del que ejercita dicha facultad; ello por cuanto la fijación de una cantidad exorbitante en dicho concepto supondría privarle *de facto* de su derecho a poner fin al matrimonio.

b) De otro lado, en la vulneración del principio de igualdad de los cónyuges en lo que se refiere al ejercicio de la facultad de instar la separación o divorcio; ello en el sentido de no poder resultar más gravoso para uno que para el otro. Conviene poner de relieve que en este punto el principio de igualdad no significa que la cantidad a abonar para el caso de ruptura tenga que ser idéntica para ambos cónyuges, ni siquiera que deba imponerse a los dos la cláusula penal en cuestión. Antes bien, si la situación económica de los consortes fuera diversa, el principio de igualdad no impide que la cuantía sea diferente para cada uno o que, incluso, sólo uno de ellos hubiera de asumir la obligación de abonar al otro por la ruptura del matrimonio²³.

Para terminar el examen de este tipo de acuerdos, quisiera hacer una observación acerca de la incidencia que en orden a su eficacia puede tener el incumplimiento de los deberes conyugales. Y es que podría suceder que uno de los cónyuges quisiera instar la separación o divorcio en razón del incumplimiento por parte del otro de los deberes conyugales, con la paradójica consecuencia de tener que indemnizar a este último el incumplidor. Parece razonable que en estos casos, el cónyuge que pone fin al matrimonio debería poder alegar que el otro no ha observado sus deberes conyugales, a fin de eludir la pena convencional establecida para el supuesto de desistimiento. Precisamente para evitar este posible resultado injusto, sería conveniente que la eficacia del pacto se condicionara al hecho de no haber incumplido el beneficiario ningún deber conyugal propiciando con ello la ruptura.

3.4 Acuerdos sobre los efectos de la eventual ruptura del matrimonio

3.4.1 LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES COMO CONVENIO REGULADOR

Los acuerdos prematrimoniales en previsión de una separación o divorcio pueden servir, en su caso, como convenio regulador que se presentará como tal, para su aprobación judicial, en el proceso matrimonial. Y es que por el hecho de haberse celebrado antes de

²³ En el caso de diferencias patrimoniales entre cónyuges, una misma pena convencional por ruptura podría suponer un gran esfuerzo económico para uno y, sin embargo, no ser demasiado gravosa para el otro, lo que supondría una vulneración del principio de igualdad, pudiendo propiciar abusos de uno frente a otro (cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., pp. 94 y 95).

la crisis no dejan de ser «acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio» (art. 90, párrafo segundo, CC.). Por esta misma razón parece que lo acordado debe quedar sujeto al régimen establecido para el convenio regulador; esto es: los pactos de que se trate precisarán aprobación judicial, que procederá «salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges» (art. 90, párr. segundo, CC.).

Con fundamento en lo anterior, los cónyuges pueden determinar preventivamente, al margen de las tensiones que caracterizan la crisis matrimonial, y con vistas a ésta, el contenido del convenio regulador, pactando una solución anticipada, entre otros, sobre los siguientes extremos²⁴: atribución de la vivienda familiar, reglas de liquidación del régimen económico matrimonial, compensación por desequilibrio o el modo de ejercicio de la patria potestad de los hijos comunes y la guarda y custodia de éstos²⁵.

En todo caso, llegado el momento de cumplir el pacto prematrimonial, el juez deberá comprobar que la estipulación de que se trata es válida y eficaz. Y aunque la doctrina no es unánime en cuanto al proceso en que debe ventilarse la cuestión relativa a la nulidad o ineficacia del acuerdo, se advierte en la práctica de los

²⁴ Conviene poner de relieve que los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura también pueden hacerse valer por los cónyuges en los casos en que el proceso no sea consensual, acumulándolos a la demanda de separación y divorcio. A este respecto, el artículo 233-5.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña establece lo siguiente: «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede».

²⁵ Aunque se ha afirmado que el pacto prematrimonial no puede ir más allá de la facultad de los padres de decidir y tomar acuerdos de aplicación inmediata sobre sus hijos (cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 112), también se ha defendido con carácter general la utilidad de los acuerdos prematrimoniales sobre los hijos —a reserva de que el juez no los considere contrarios al *favor filii*—, señaladamente en el caso de matrimonios interraciales o con elemento extranjero o cuando pertenecen a ámbitos culturales muy diferenciados; ello con el fin de determinar anticipadamente, por ejemplo, el tipo de educación escolar, religiosa o laica, que han de recibir los menores, si han de ser educados en los valores de una religión u otra o si acudirán a centros de enseñanza públicos o privados (cfr. ROCA TRÍAS, E., «Artículo 92 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, p. 579; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Pactos en previsión de la ruptura matrimonial», en *Libro homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Aranzadi, 2008, p. 746 y GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «Acuerdos... [II]», cit., pp. 6 y 7). Así pues, parece que también cabe admitir los pactos de los cónyuges en previsión de ruptura relativos a las medidas a adoptar respecto de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos. A este respecto es muy explícito el legislador valenciano, que en el artículo 25 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial, incluye la posibilidad de que la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales contenga pactos sobre «los hijos ya nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo».

tribunales una inclinación a que las acciones correspondientes se interpongan en el mismo proceso matrimonial²⁶.

Tratándose de pactos inválidos, lo propio es que las partes emprendan acciones específicas; esto es: las relativas a la impugnación de los contratos por nulidad de pleno derecho (arts. 1261 y 1255 CC.) o anulabilidad (art. 1300 CC.)²⁷.

Pero el control judicial se extenderá también a la eficacia del acuerdo, debiendo pronunciarse el juez que decide la separación o el divorcio sobre la conveniencia de su contenido para los cónyuges y los hijos, si los hay, constatando que su efectiva realización no resulta incompatible con la situación personal, familiar y social de unos y otros en el momento de la ruptura²⁸. Así pues, el cambio sustancial de las circunstancias en la vida de los otorgantes entre el momento de suscripción del acuerdo y aquel en que se pide su ejecución, siendo imprevisible y no propiciado por aquéllos, podrá conducir a dejar sin efectos el acuerdo prematrimonial.

Sentado todo lo anterior, es preciso poner de relieve que desde la perspectiva que aquí interesa existe una diferencia fundamental

²⁶ En este sentido, entre la doctrina, cfr: EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria...», cit., p. 4561; PÉREZ HEREZA, J., «La autonomía de la voluntad...», cit., 596 y PINTO ANDRADE, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., p. 106. Sin embargo, para PASTOR VITA, F. J. sería preciso un procedimiento diverso (cfr. «La renuncia anticipada...», cit., p. 55).

²⁷ En relación con la nulidad de los acuerdos conyugales determinando los efectos de la ruptura reviste interés la SAP de A Coruña de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002/198111), que versa sobre la estipulación de un convenio regulador en cuya virtud se atribuía la custodia de las hijas comunes del matrimonio a la madre, determinando los cónyuges que «para el caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que éste también tenga relación de pareja», y añadían que «el padre también obtendrá la custodia de sus hijas en caso de que la madre traslade su residencia fuera de Santiago de Compostela o no pueda pernoctar con sus hijas en esta ciudad». El tribunal declara la nulidad de la cláusula por constituir un claro atentado contra la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, que no se justifica en un hipotético interés de las menores, sin que pueda condicionarse de antemano la atribución de la guarda y custodia a la permanencia en Santiago sin merma del derecho a la libertad de residencia. En la misma línea, la SAP de Ciudad Real de 27 de enero de 2003 (CENDOJ ROJ SAP CR 24/2003) declara nula la cláusula del convenio regulador de la separación que impedía a la esposa, que tenía la custodia del hijo común, trasladar su domicilio fuera de la localidad de Ciudad Real durante siete años.

²⁸ Corresponde a la autoridad judicial, *ex art. 90 CC.*, comprobar que no ha habido un cambio sustancial de las circunstancias determinante de un grave perjuicio para alguno de los cónyuges o de un daño para los hijos como consecuencia de lo estipulado. A este respecto, el artículo 231-20.5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, establece lo siguiente: «Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron». Y con referencia, en concreto, a los pactos sobre la vivienda familiar, la citada disposición legal establece en el artículo 233-21.3 que: «En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometen las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso».

entre el acuerdo prematrimonial y el convenio regulador, que estriba en el hecho de que este último se celebra sobre la base de una crisis conyugal ya surgida, mientras que aquél se suscribe en previsión de que ésta llegue a suscitarse. Ello obliga a plantear, en particular, la validez y eficacia de los acuerdos que consisten en la renuncia a derechos que todavía no han nacido al tiempo de su celebración; a saber: la compensación por desequilibrio económico, que viene determinada por la sentencia de separación o divorcio, y la compensación por el trabajo dedicado a la casa, que surge con ocasión de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes.

3.4.2 RENUNCIA ANTICIPADA A LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

A. *Consideraciones iniciales*

La llamada pensión compensatoria hasta la reforma del Código civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, es uno de los efectos de las sentencias de separación y divorcio. Configurada a partir de dicha reforma como una compensación por desequilibrio económico, que puede consistir o no en una pensión, constituye uno de los contenidos más típicos de los acuerdos prematrimoniales.

Pues bien, la cuestión relativa a los límites de la autonomía de la voluntad en relación con este tipo de acuerdos pasa por recordar que el reconocimiento de la referida prestación exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges –que ha de ser apreciada al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma– y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Como ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417): «Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones porque el artículo 97 del Código civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de la fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor».

Con estos presupuestos, cabe sostener la validez de los pactos en cuya virtud los cónyuges fijan anticipadamente los términos en que se satisfará la compensación por desequilibrio. En este sentido

debe ponerse de relieve que el legislador, según se ha expuesto, no contempla la culpa como elemento determinante del importe de la prestación, aunque se ha afirmado que el último inciso del precepto citado –*cualquier otra circunstancia relevante*– puede dar lugar a que la autoridad judicial la tome en consideración a los efectos indicados²⁹. Precisamente un acuerdo prematrimonial de los cónyuges sobre el grado de incidencia que en la cuantía de la compensación debería tener el incumplimiento de los deberes conyugales por parte del que se encuentra en peor situación económica, no solo sería válido, sino que evitaría la discrecionalidad judicial al respecto, impidiendo que la referida prestación se fijase al margen de dicha circunstancia³⁰.

Y, en principio, tampoco cabe oponer objeción alguna a los pactos de renuncia a la compensación por desequilibrio, habida cuenta que no aparece configurada como una prestación de alimentos sino, como ya se ha afirmado, para compensar la desigualdad económica entre cónyuges tras la separación o divorcio. Sobre la posibilidad de renunciar a la compensación por desequilibrio ya se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174) con referencia a un pacto en dicho sentido incluido por los cónyuges, una vez surgida la crisis, en el convenio regulador aprobado judicialmente; en el caso enjuiciado, la licitud de la renuncia se fundamenta en el carácter dispositivo de la norma contenida en el artículo 97 CC. y en la consiguiente posibilidad de las partes de no hacer valer el derecho subjetivo que en ella se contiene³¹.

²⁹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 97.2 CC., a falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges –en tanto que va a compensar determinados desequilibrios–, e incluso, su situación anterior al matrimonio, así como cualquier otra circunstancia relevante. Ello sentado, sobre la posibilidad del juego de la culpa del cónyuge con derecho a la compensación como factor determinante no de ésta sino de su cuantía, considerando que ello permitirá en ocasiones la obtención de resultados más justos, cfr: REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «Reformas del Código civil al servicio de una empresa ideológica», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655 y GUILARTE GUTIERREZ, V., «Comentarios al nuevo artículo 81 del Código civil», en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, Valladolid, Lex Nova, 2005, pp. 50 y 51.

³⁰ Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, cit., pp. 140 y 141.

³¹ En la sentencia de referencia, el Tribunal Supremo declara: «... si, pues, la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir

También se ha pronunciado la jurisprudencia sobre la licitud de la renuncia efectuada, una vez surgida la crisis, en la esfera privada, es decir, al margen del convenio regulador aprobado judicialmente. Esta cuestión fue abordada en profundidad por la Resolución de la DGRN de 10 noviembre de 1995 (RJ 1995/8086) en la que se dejó claro que los referidos acuerdos tienen el valor de un contrato, resultando en esa medida vinculantes para las partes, aunque carezcan de la eficacia procesal propia del convenio homologado judicialmente³². Con posterioridad, son numerosos los casos en que los tribunales han tenido ocasión pronunciarse en el mismo sentido. A este respecto cabe citar la STS de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002/1619) en la que se enjuicia la validez y eficacia de un convenio que los cónyuges separados de hecho habían celebrado, no para su presentación ante la autoridad judicial sino para regular las cuestiones económicas a raíz de la crisis surgida; el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, que había reconocido la validez y eficacia jurídica del referido convenio como negocio extrajudicial³³.

alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente [...] Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio».

³² La Resolución de la DGRN fundamenta la validez de la renuncia a la compensación por desequilibrio económico en los siguientes argumentos: 1) el amplio margen con que se admite la contratación entre cónyuges (art. 1323 CC.); 2) el contenido del pacto exclusivamente patrimonial y concertado entre personas plenamente capaces (art. 322 CC.); 3) la regla general de renunciabilidad de los derechos, siempre que no se contrarie el interés o el orden público o se perjudique a terceros (art. 6 CC.); 4) la plena autonomía funcional y conceptual de la pensión compensatoria respecto del derecho de alimentos (aunque a veces los engloba) fundada exclusivamente en el desequilibrio económico determinante del empeoramiento de uno de los cónyuges; 5) la facultad de los cónyuges de decidir sobre las consecuencias exclusivamente patrimoniales de la declaración judicial de separación o divorcio; 6) el principio de rogación que rige esta materia; 7) que de acuerdo con el artículo 90 CC., literalmente, debería exigirse también la aprobación judicial para la eficacia de la liquidación del régimen económico matrimonial pactada durante la tramitación de la separación o divorcio, lo que no resulta congruente con el derecho de los cónyuges para, en cualquier momento, pactar otro régimen y liquidar el anterior; 8) que la disposición adicional 6.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que regula el trámite para las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo, deja claro, en sus números 6 y 7, que la aprobación judicial no se predica respecto de todos los acuerdos a que se refiere el artículo 90 CC. sino solo exclusivamente de los relativos a los hijos; 9) que la frase «gravemente perjudicial para uno de los cónyuges» mantiene pleno sentido aun cuando la aprobación judicial se contraiga a los acuerdos relativos a los hijos, pues no cabe asegurar los intereses de los hijos con grave detrimento de uno solo de los cónyuges.

³³ En la sentencia citada en el texto, el Tribunal Supremo se pronuncia en los términos siguientes: «... Esta Sala comparte la apreciación [...] efectuada por la Sentencia recurrida, en el sentido de que el mismo –el documento conteniendo los pactos conyugales– no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. Y asimismo comparte la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos, pues los cónyuges, en

Así pues, validez del pacto de renuncia a la compensación por desequilibrio, tanto si se incorpora a un convenio regulador para su aprobación judicial como si se celebra al margen de éste, cuando la crisis conyugal ya ha surgido. Veamos ahora el fundamento de la validez del acuerdo de renuncia anticipada a la referida prestación y los límites a la autonomía de la voluntad de las partes.

B. *Presupuestos de validez y eficacia de la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico*

La mayor dificultad que han suscitado los pactos de renuncia a la compensación por desequilibrio se ha centrado en el carácter preventivo o anticipado de la renuncia³⁴. Ello con fundamento en la línea jurisprudencial que sostiene que no cabe renunciar a un derecho que todavía no ha nacido³⁵. Precisamente esta tesis es la que acoge la SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 (AC 2001/151), para declarar la nulidad de la renuncia a la compensación por desequilibrio realizada años antes de la demanda de separación, por versar sobre un derecho inexistente. Los cónyuges habían contraído matrimonio canónico en el año 1969 y otorgaron en 1992 escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales en la que ambos renunciaban a la pensión compensatoria. Siete años después demandaron la separación, limitándose el juez de primera instancia a adoptar medidas en relación con la vivienda conyugal, que atribuyó a la mujer. Ésta interpuso recurso de apelación solicitando que se fijara

contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC.), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. de 22 de abril de 1997 [RJ 1997/3251]), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter «ad solemnitatem» o «ad substantiam» para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia [...] que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial». En el mismo sentido, *vid.* la STS de 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9649); y entre las Audiencias, *vid.* los siguientes pronunciamientos: SAP Barcelona de 8 de enero de 1998 (AC 1998/176); SAP Barcelona 1 de diciembre de 1998 (AC 1998/8726); SAP Murcia 9 de mayo de 2000 (AC 2000/1104); SAP Málaga 15 de enero de 2001 (JUR 2001/162070); SAP Córdoba 11 de febrero de 2003 (AC 2003/326).

³⁴ Como se ha hecho notar, la compensación por desequilibrio se concibe en el artículo 97 CC. como una consecuencia de la separación o divorcio, por lo que, literalmente, cualquier pacto anterior, aun adoptado cuando hubiera surgido la crisis, pero antes del planteamiento judicial, siempre se referiría a un derecho no nacido y nadie discute su validez (cfr. EGEA FERNÁNDEZ, J., «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, pp. 4568 y 4569).

³⁵ *Vid.*, entre otras, las SS. TS de 18 de marzo de 1982 (RJ 1982/1385) y 21 de abril de 1997 (RJ 1997/3434).

pensión compensatoria a su favor y subsidiariamente alimentos, alegando que la renuncia era nula porque no había prestado libremente el consentimiento. Aunque la existencia o no de un vicio del consentimiento no podía ser objeto del proceso de que se trataba –pues constituía una cuestión previa a la solicitud de la pensión– la Audiencia entra de oficio a examinar la validez de la renuncia:

«... se trata de una renuncia a un futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación, y está sujeto al condicionante de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio, debiendo tenerse en cuenta al respecto, que como ya declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de noviembre de 1957, la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes, sólo cabe respecto de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante, por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer, y las posteriores de 18 de marzo de 1982 (RJ 1982/1385), y 21 de abril de 1997 (RJ 1997/3434), sobre que no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, o sólo se puede renunciar a lo que existe, criterio jurisprudencial recogido por esta Audiencia en sentencia de 15 de noviembre de 1999 (AC 1999/2265), al decir que no se puede renunciar a un derecho a la sazón inexistente, lo que aplicado al presente caso al haberse hecho la renuncia varios años antes de la demanda de separación ha de reputarse nula de pleno derecho.»

El Código civil no se pronuncia sobre la posibilidad de renunciar anticipadamente a la compensación por desequilibrio; sin embargo, no parece existir ningún obstáculo legal al respecto³⁶. Antes bien, el fundamento normativo para la admisión de tal renuncia lo ofrecen los artículos 6.2 y 1271, que en lo que aquí importa conducen a los mismos resultados prácticos. El primero de los preceptos que se invocan permite excluir voluntariamente la ley aplicable cuando no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a tercero; y el segundo de los artículos citados autoriza la

³⁶ Aunque parece coherente con el papel crecientemente importante que se atribuye a la voluntad de los cónyuges y con el carácter dispositivo de la compensación mantener la validez y eficacia de los pactos que nos ocupan, en contra se ha afirmado la nulidad de la renuncia preventiva a la compensación por desequilibrio económico, sobre la base de considerar «que podría llevar a comprometer el derecho a poner fin a una convivencia no deseada, solicitando el divorcio o separación cuando hubiere causa, ante el temor de sufrir las graves consecuencias que se derivarían en el terreno económico para la demandante» (CABEZUELO ARENAS, A. L., «¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?», en *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2004, p. 2383).

contratación sobre derechos futuros, siempre que se respeten los límites de la ley, la moral y el orden público que el artículo 1255 señala a la autonomía de la voluntad³⁷.

En la línea de lo expuesto es ilustrativa, entre otras, la SAP de Madrid de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007/151411) en la que se plantea la problemática relativa a la licitud de la renuncia a la pensión compensatoria en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio y, por ende, años antes de la sentencia de divorcio. Admite el tribunal que, en efecto, el derecho a la pensión no ha llegado a existir, al no haberse producido siquiera la celebración del matrimonio, que condiciona necesariamente el posterior nacimiento de dicho derecho que se concreta en el momento de la ruptura acreditado el desequilibrio económico entre los esposos. Ello sentado, respecto del pacto de renuncia se añade lo siguiente en el pronunciamiento de referencia³⁸:

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

Así pues: licitud de la renuncia a la compensación por desequilibrio realizada con carácter previo a la crisis o incluso antes del matrimonio con fundamento, principalmente, en la posibilidad de los cónyuges de excluir la ley aplicable (cfr. art. 6.2 Cc. en relación con el art. 97 Cc.).

Ahora bien, la exclusión convencional de la norma que regula la compensación por desequilibrio no será válida si, como establece el

³⁷ En el sentido de lo expuesto en el texto, cfr: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre la familia», número monográfico (65) del *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, 1986, pp. 64 y 65; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a T., *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 70; GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Los pactos prematrimoniales...», cit., pp. 1661 a 1665; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada, Comares, 2005, p. 155; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Pactos en previsión...», cit., p. 749; PASTOR VITA, F. J., «La renuncia anticipada...», cit., pp. 39 y ss. y GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)», cit., p. 5.

³⁸ *Vid.* en el mismo sentido: SAP Valencia 25 enero 2002 (JUR 2002/111451); SAP Madrid 27 noviembre 2002 (JUR 2003/92086) y SAP las Palmas de Gran Canaria de 20 de abril de 2007 (JUR 2007/171088).

propio artículo 6.2. Cc., resulta contraria al orden público³⁹. Y habrá que considerar nulo por vulnerar el orden público el acuerdo prematrimonial de renuncia que atente contra los derechos fundamentales de los cónyuges o que suponga un quebrantamiento del principio de igualdad de éstos (art. 32 C. y arts. 66 y 1328 CC.). Ahora bien, no creo que la igualdad deba interpretarse en el sentido de ser necesaria la renuncia a la compensación por parte de ambos cónyuges⁴⁰. A este respecto debe ponerse de relieve que la referida prestación por desequilibrio puede corresponder potencialmente a cualquiera de los consortes, pero sólo se reconoce efectivamente a uno de éstos; en consecuencia, la renuncia por quien es evidente que no va a tener derecho a ella carece de toda trascendencia práctica, de modo que la realizada únicamente por el otro no cabe traducirla en una quiebra de la igualdad conyugal⁴¹.

La contravención del referido principio de igualdad se produciría, sin embargo, cuando el abono de la compensación se dejase al arbitrio de uno de los cónyuges. En este sentido se ha pronunciado la SAP de Córdoba de 11 de febrero de 2003 (AC 2003/326). La cláusula objeto del litigio decía lo siguiente: «como la esposa buscará trabajo para suplementar el desequilibrio económico personal

³⁹ El artículo 6.2 Cc. establece que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros. A este respecto conviene precisar que el derecho a la compensación por desequilibrio afecta únicamente a intereses particulares y patrimoniales de los cónyuges, de modo que el interés público no parece que pueda resultar afectado por la renuncia individual del titular de ese derecho (cfr. PÉREZ VALLEJO, A. M.^a, *El juego de la autonomía de la voluntad...*, p. 96). Y en cuanto al perjuicio a terceros como causa de validez de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, entiende GARCÍA RUBIO que cabría invocarlo en relación con los acuerdos que resultaren perjudiciales para los hijos o los acreedores o el beneficiario de la pensión; según la citada autora, «evidentemente, todos ellos estarían perjudicados por el acuerdo y, en consecuencia, la renuncia a la pensión sería nula de pleno derecho» (GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Los acuerdos...», cit., p. 1672). Lo cierto es que en la práctica parece difícil que un derecho que afecta exclusivamente a los cónyuges pueda comportar un perjuicio para los hijos, pues éstos ya cuentan con un derecho de alimentos al margen de la compensación renunciada; y en cuanto al acreedor del renunciante tampoco parece probable que pueda quedar lesionado su derecho como consecuencia de la renuncia por el deudor a la compensación por desequilibrio (cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., p. 175).

⁴⁰ En contra se ha afirmado que: «desde un punto de vista técnico, como es obvio, la renuncia habrá de formularse en capitulaciones por ambos contrayentes. Evidentemente, ello no deja de constituir un mero trámite, con más trascendencia en el orden puramente formal, que la que efectivamente pueda presentar desde el punto de vista material»; y añade: «en el supuesto de que en capitulaciones sólo se estipulase una renuncia que afectara a uno de los futuros esposos, nos hallaríamos en presencia de un pacto lesivo a la igualdad de los cónyuges y, por ende nulo, según se prevé en el artículo 1328 Cc.» (CABEZUELO ARENAS, A. L., «¿Es válida la renuncia...», cit., p. 2379).

⁴¹ Otra cosa es que al tiempo de la sentencia de separación o divorcio se hubiera producido un cambio de circunstancias que hicieran al no renunciante acreedor de la compensación. En estos casos cabría entender la existencia de una renuncia implícita a la compensación por parte de este último, que se hizo explícita sólo en los concretos términos que se consideraban más probables en caso de ruptura (cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 182).

y de sus hijos con motivo de la separación, no se considerará que existe alteración sustancial, a los efectos de revisión de la contribución de las cargas, y a la pensión compensatoria, el que desarrolle un trabajo retribuido en menos del doble del salario mínimo. En todo caso se considerará exento de dicho importe de los salarios mínimos de cómputo para considerar si existe o no esa alteración». El marido alega el grave perjuicio que le comporta dicha cláusula, resolviendo el tribunal que:

«... teniendo presente el sentido práctico de lo que la cláusula literalmente conlleva, la consecuencia no debe ser otra que la de considerar que dicha cláusula –moduladora no sólo de la pervivencia de la pensión, sino de los criterios para la apreciación de una variación sustancial de las circunstancias– es nula. En efecto, deja la virtualidad del pacto de abonar una pensión compensatoria al arbitrio de la esposa, quien siempre tendrá la posibilidad de rechazar un trabajo que suponga una remuneración superior al límite del abono, pero que implique una percepción global inferior al suprimirse, por aquella circunstancia, la pensión compensatoria.»

Hasta aquí los presupuestos de validez de la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio. Mas debe tenerse en cuenta que un acuerdo válido con este contenido puede devenir ineficaz por alteración sobrevenida de las circunstancias⁴². A este respecto es preciso tener en cuenta que la compensación por desequilibrio renunciada anticipadamente como tal –esto es, como prestación para corregir el empeoramiento de la situación económica respecto de la disfrutada durante el matrimonio–, podría cumplir al tiempo de su nacimiento una función alimenticia. Ello sucederá, en concreto, cuando al dictarse sentencia de divorcio el renunciante careciere de lo imprescindible para subsistir, esto es⁴³: si hubieren sobrevenido

⁴² Como es sabido, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* presupone, en orden al equilibrio adecuado entre lo que las partes pactaron y la necesidad de dar respuesta a la alteración de las circunstancias, que la alteración sea sobrevenida e imprevisible y que resulte extremadamente oneroso el cumplimiento para uno de los contratantes, es decir, que ocasione un grave perjuicio para el cónyuge renunciante. Sobre las alteraciones que cabe considerar sustanciales a los efectos que aquí consideramos, cfr. GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Los pactos...», cit., p. 1672; AGUILAR RUIZ, L. y HORNERO MÉNDEZ, C., en «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 76, 2006, pp. 40 y 41 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., pp. 189 a 194.

⁴³ Téngase en cuenta que los alimentos se circunscriben a la separación matrimonial, puesto que se entiende que con el divorcio desaparecen los deberes de asistencia y socorro mutuo y con ellos también aquel deber legal; por consiguiente, en el divorcio la posible situación de necesidad de uno de los *ex* cónyuges solo podría paliarse mediante la compensación por desequilibrio. De ahí que a ésta se le atribuya una naturaleza mixta o híbrida –asistencial y compensatoria–, primando una u otra faceta según las peculiares circunstancias de cada caso concreto. Es ilustrativa a este respecto la STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2002 (RJ 2002/10439), relativa a un proceso de divorcio que siguió al de separación, en el que el marido se comprometía a abonar a la esposa una cantidad mensual

dificultades tales que impidieran al que hubiere renunciado a ella por anticipado lograr un mínimo digno de subsistencia⁴⁴.

Pues bien, en estos casos, el acuerdo de renuncia no desplegará sus efectos. De ahí que cuando se pacta en capitulaciones la renuncia a la pensión se estime aconsejable añadir una cláusula en la que ambos cónyuges se comprometan, para el supuesto de que lleguen a separarse o divorciarse y si alguno de ellos resulta en tales eventos necesitado de auxilio económico, a pagar el uno al otro, según proceda, una pensión alimenticia cuya cuantía podrá determinarse de antemano o dejar su fijación para el momento oportuno⁴⁵. Como ya ha quedado expuesto en otro lugar, dichas dificultades deberán ser apreciadas por el juez cuando se pretenda el cumplimiento del acuerdo⁴⁶.

en concepto de prestación alimenticia, acordando ambos cónyuges no reclamarse nada más entre ellos. La Audiencia sustituye la pensión alimenticia por una pensión compensatoria del mismo importe, argumentando que dado que el divorcio determina la extinción de la pensión alimenticia, esta extinción deja sin fundamento la renuncia a la pensión compensatoria, y considera que en este caso se renunció: «... porque las necesidades de la esposa ya venían cubiertas por la pensión de alimentos y si como consecuencia de la demanda de divorcio interpuesta precisamente por el marido se había de extinguir la pensión de alimentos y no habiéndose acreditado que se hayan modificado las circunstancias que determinaron su procedencia por voluntad expresa de los cónyuges, hemos de entender ajustada a derecho la tesis de la sentencia de apelación favorable a interpretar el convenio regulador en el sentido de mantener la pensión alimenticia en una ayuda equivalente a favor de la esposa, mientras subsistan las circunstancias que determinaron su constitución en el convenio regulador... ya que mientras el marido pagaba la pensión por alimentos, puede afirmarse que la pensión compensatoria se hallaba en situación latente y si después de la sentencia de divorcio los ex cónyuges no establecen ningún otro convenio para suplir la falta de pensión alimenticia puede corregirlo la resolución judicial por la vía de establecer una pensión compensatoria por el mismo importe».

⁴⁴ Con carácter general, el artículo 231-20.5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia establece que: «Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron si podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron». Y con referencia expresa al pacto de renuncia a la compensación por desequilibrio, el artículo 233-16.2 de la referida disposición legal determina que: «Los pactos de renuncia no incorporados a una propuesta de convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender las necesidades básicas del cónyuge acreedor».

⁴⁵ Sobre la oportunidad de este tipo de pactos y su validez a tenor del artículo 153 Cc., cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *La autonomía de la voluntad...*, cit., p. 65.

⁴⁶ PASTOR VITA considera que no procede el control judicial de la eficacia de la renuncia a la compensación por desequilibrio, aduciendo que en los cambios de circunstancias del matrimonio faltaría el juicio de la imprevisibilidad propio de la cláusula *rebus sic stantibus*, precisando al respecto el citado autor que: «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, F. J., «La

En el sentido de lo expuesto se ha pronunciado la SAP de Granada de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1599). En el caso enjuiciado los cónyuges, que tenían sus propios ingresos al estar ejerciendo cada uno su profesión, antes de contraer matrimonio suscribieron capitulaciones matrimoniales para establecer que su régimen económico sería el de separación de bienes, incorporando además una estipulación por la que convenían que la separación personal o disolución del futuro matrimonio, en ningún caso llevaría como consecuencia la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código civil. Cuando la esposa presenta la demanda de separación solicita, no obstante, la pensión compensatoria, porque las circunstancias son en ese momento, a su juicio, muy distintas de aquéllas que sirvieron de base para pactar la cláusula en cuestión. En concreto aduce el hecho de haber dejado su ocupación profesional después de casada para seguir a su marido que, por razones laborales, se veía obligado a desplazarse a diferentes destinos. El tribunal, después de afirmar que la cláusula de renuncia es válida por ser la pensión por desequilibrio un derecho disponible y, por tanto, perfectamente renunciable, reconoce sin embargo a la esposa el derecho a exigirla argumentando lo siguiente:

«... 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 diciembre 1985 y 20 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. Entre las circunstancias cabe señalar que, además de la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso atendiendo durante algún tiempo a un hijo de éste, carece, a excepción de unos ahorros que no superan los tres millones de pesetas, de medios económicos 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 al mundo laboral.»

También en la SAP de Madrid de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007/151411) se emplea el argumento de la teoría de la base objetiva del negocio, si bien en este caso no se aprecia la alteración de las circunstancias personales y profesionales alegadas por la esposa, que había renunciado a la compensación en capitulaciones otorgadas antes de la celebración del matrimonio. El tribunal, considerando que entre el momento de otorga-

renuncia...», cit., p. 55). En la misma línea, favorable a la eficacia directa del acuerdo previo de los cónyuges relativo al importe, modalización y renuncia de la prestación compensatoria, cfr. PINTO ANDRADE, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., p. 112.

miento de las capitulaciones y la ruptura no se han producido cambios determinantes del componente alimenticio de la pensión, afirma la virtualidad del pacto de renuncia.

3.4.3 RENUNCIA ANTICIPADA A LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO PARA LA CASA

Como es sabido, el juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares ha tenido su más clara y tradicional manifestación en la posibilidad de elección por los cónyuges o contrayentes del régimen económico que consideren más conveniente para sus intereses (art. 1325 Cc.). Generalmente la opción por un determinado régimen de ordenación de la economía familiar incluirá las normas de liquidación para cuando su disolución se produzca. Mas puede suceder que los cónyuges o contrayentes que admiten como útil el modelo tipificado decidan modificarlo en algún punto –el relativo a la liquidación– por no considerarlo eficiente para la regulación de sus intereses. Pues bien, en este contexto se sitúan los acuerdos prematrimoniales relativos a la compensación por el trabajo dedicado al hogar prevista en el artículo 1438 CC. en sede de separación de bienes.

Según resulta del citado precepto, el trabajo para la casa, además de considerarse como contribución a las cargas del matrimonio, dará derecho a una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, al tiempo de la extinción del régimen de separación⁴⁷. La finalidad de la norma en este último punto es la de corregir las situaciones de exceso de contribución a las cargas familiares, es decir, aquellas en las que uno de los cónyuges, además de contribuir con un trabajo, realiza labores para la casa o para el otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente.

Pues bien, en orden a un pronunciamiento fundado sobre la validez de los pactos relativos a la referida prestación hay que partir, de entrada, del carácter dispositivo del artículo 1438 CC. –que no se encuentra entre las normas del denominado régimen primario, de marcado carácter imperativo–, al menos en el aspecto que estamos considerando. De modo que el poder de autorregulación de los cónyuges comprende la posibilidad de configurar un régimen de separación con una independencia económica más absoluta –como sucede en el Derecho aragonés y en el Derecho balear que

⁴⁷ A tenor de lo dispuesto en el artículo 1438 del Código civil: «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

no regulan la prestación que nos ocupa—, ya fijando los criterios determinantes de la cantidad a percibir en concepto de compensación por el trabajo para la casa ya renunciando anticipadamente a ésta⁴⁸.

Por cuanto se refiere, en concreto, al acuerdo prematrimonial de renuncia a dicha prestación, la doctrina se muestra en general favorable a su validez⁴⁹. Y en sede jurisprudencial, hasta donde conozco, únicamente la SAP de Murcia de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/71008) se ha pronunciado al respecto, también a favor de la validez del pacto. En el caso enjuiciado se desestima la pretensión de la mujer sobre reclamación de la compensación por el trabajo dedicado a la casa, al haber quedado constancia de la renuncia a ella, formulada en capitulaciones matrimoniales de separación de bienes otorgadas por los litigantes —ambos divorciados y con un concreto núcleo familiar derivado de sus precedentes nupcias— antes de casarse. Sostiene el tribunal, que siendo clara y explícita la renuncia a la aplicación de la medida compensatoria prevista en el artículo 1438 del Código Civil, carece de sentido por su gratuidad y falta de consistencia que se alegue por la recurrente el desconocimiento del pacto, no pudiendo ello implicar en modo alguno su falta de eficacia.

Por consiguiente: validez del acuerdo de renuncia anticipada de la referida prestación; acuerdo respecto del que raramente podrá

⁴⁸ Esta es la opción que expresamente ha acogido el legislador catalán en el artículo 232-7 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, en el que se establece lo siguiente: «*Pactos sobre la compensación*.— En previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte, puede pactarse el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón del trabajo de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-20».

⁴⁹ Sobre la validez del acuerdo de renuncia anticipada a la compensación del art. 1438 Cc., cfr: REBOLLEDO VARELA, A. L., *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid, 1983, p. 439 y «Pactos en previsión...», cit., pp. 744 y 745; MARTÍNEZ CORTÉS, J., «El régimen económico de separación de bienes», en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV (Familia), vol. 2.º, coord. GARRIDO DE PALMA, Madrid, Civitas, 2002, p. 385; ROCA TRÍAS, E., «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», en *Libro homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol* (coords. ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M.ª E.) vol. 2.º, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 2133; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», cit., pp. 263 y 264; y PINTO ANDRADE, C., *Pactos matrimoniales...*, cit., pp. 83 y 84. Se ha defendido también la validez del pacto de renuncia pero con matizaciones, es decir, sólo si concurren circunstancias especiales, como la percepción de rentas por ambos cónyuges o la colaboración de éstos en las labores de la casa (cfr. ÁLVAREZ OLALLA, M.ª O., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 108 y 109). Sobre la nulidad del acuerdo de renuncia anticipada a la compensación del trabajo para la casa regulada en el art. 15 del derogado Código de familia de Cataluña de 1998, cfr: EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria...», cit., p. 4571; LÓPEZ BURNIOL, J. J., «Artículo 15 del Codi de Família», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua* (dirs. EGEA FERNÁNDEZ, J. y FERRER RIBA, J.), Madrid, Tecnos, 2000, p. 158.

prosperar la doctrina de la alteración sobrevenida de las circunstancias en orden a la declaración de su ineficacia atendida la naturaleza exclusivamente compensatoria de la medida que constituye su objeto⁵⁰.

4. LA RELEVANCIA DEL PROCESO DE FORMACIÓN DEL ACUERDO PREMATRIMONIAL: ELEMENTOS DE APRECIACIÓN DE LA LIBERTAD DE CONSENTIMIENTO

Los acuerdos prematrimoniales son auténticos contratos que, como tales, quedan sometidos a las reglas de formación de éstos y, muy especialmente, a aquellas que garantizan la integridad del consentimiento. Por consiguiente, si una de las partes logra probar que el acuerdo fue celebrado concurriendo error, dolo o violencia, o con falta de capacidad, el que hubiere sufrido el vicio o la falta de capacidad podrá instar la anulación del acuerdo en los términos y plazos que establecen los artículos 1300 y siguientes del Código civil.

Hay que asumir que en las estipulaciones prematrimoniales, a diferencia de lo que sucede en otros contratos, la relación de confianza entre los contrayentes puede influir en el proceso de formación de voluntad de las partes, propiciando que una de ellas se extralimite imponiendo su criterio a la otra. Ahora bien, es evidente que la sola circunstancia de la relación de confianza entre los otorgantes del pacto no puede considerarse determinante en todo caso de la existencia de un vicio del consentimiento, pues ello desembocaría en una sistemática anulación de los acuerdos prenupciales y conyugales.

Otra cosa es que, al no existir en el Código civil normas especiales dirigidas a reforzar la integridad del consentimiento en los casos que analizamos, deban ser los tribunales particularmente cautelosos en el proceso formativo del contrato⁵¹. En este sentido,

⁵⁰ Siquiera sea teóricamente, se ha afirmado que la renuncia será ineficaz cuando se produzca un cambio extraordinario de las circunstancias en que se pactó que suponga una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, respecto de la situación en que hayan de quedar los cónyuges (en este sentido: MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., p. 107 y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «Acuerdos prematrimoniales...», cit., p. 24). Sin embargo, PINTO ANDRADE, desestimando la posibilidad de un ulterior control judicial del pacto en cuestión, sostiene su eficacia directa (PINTO ANDRADE, C., *Pactos matrimoniales...*, cit., p. 112). En opinión de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. lo que quedará a salvo en caso de un cambio sustancial de las circunstancias es el hipotético ejercicio de una pretensión judicial por enriquecimiento injusto, a tenor de las reglas generales, cuando se demuestre la presencia de los rigurosos requisitos que exige la jurisprudencia para su reconocimiento («La libertad de pacto...», cit., p. 264).

⁵¹ Precisamente la regulación de los acuerdos prematrimoniales en EE.UU., donde existe como ya se ha expuesto mayor tradición en la materia, gira en torno a garantizar la libertad de consentimiento de los otorgantes, señaladamente cuando su diferente situación

para apreciar si en el supuesto concreto hubo o no vicios invalidantes del acuerdo pueden ser relevantes ciertos factores, como la proximidad de la boda y la existencia o no de una información adecuada sobre las consecuencias de la renuncia y la situación patrimonial de los cónyuges⁵². De ahí que, como se verá a continuación, no obstante regir en este punto el principio de libertad de forma se considere conveniente, en orden a garantizar la libertad contractual de las partes, la suscripción del acuerdo en escritura pública.

5. LA FORMA DE LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES

5.1 La escritura pública como garantía de validez de los acuerdos prematrimoniales

La ausencia de un pronunciamiento específico del legislador sobre la forma de los acuerdos prematrimoniales determina que en esta materia sea de aplicación la regla de libertad que rige al respecto en materia de contratos. De ahí que deba afirmarse la validez de dichos acuerdos tanto si celebran en documento público como privado⁵³.

Ahora bien, la importancia que en esta sede tiene la libre formación de la voluntad de las partes conduce, precisamente, a remarcar

económica inicial plantea el riesgo de que uno de ellos, prevaleciendo de su superioridad negociadora, fuerce la prestación del consentimiento del otro o fije unilateralmente el contenido del pacto. En este sentido, el artículo 6 de la *Uniform Premarital Agreement Act* (1983) establece lo siguiente: «(A) No se podrá ejecutar un acuerdo prematrimonial si la parte contra la que se ejecuta el acuerdo acredita que: (1) esa parte no suscribió el acuerdo de forma voluntaria o (2) el acuerdo era abusivo cuando fue suscrito y, antes de su suscripción, dicha parte: (i) no fue suficiente y razonablemente informada sobre el patrimonio o la situación financiera de la otra parte, (ii) no renunció voluntaria y expresamente, por escrito, al derecho a recibir más información sobre el patrimonio o la situación financiera de la otra parte que le fue suministrada, (iii) no tenía, o no podía razonablemente haber tenido, un conocimiento adecuado del patrimonio o de la situación financiera de la otra parte».

⁵² De la importancia que en esta materia adquiere la libertad de consentimiento se ha hecho eco el legislador catalán, estableciendo expresamente en el artículo 231-20 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, que los pactos en previsión de una ruptura matrimonial sólo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio. El mismo precepto dispone que el notario, antes de autorizar la escritura pública en que se otorgue el acuerdo, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio; y debe advertirles también de su deber recíproco de proporcionarse información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esa información sea relevante en relación con el contenido del pacto.

⁵³ No sucede así en Derecho catalán, pues el modo en que se ha redactado el artículo 231.20.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil, no permite la opción del documento privado, al establecer que: «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en escritura pública».

la relevancia de la forma. A este respecto se considera que la intervención de un fedatario público en la formalización de este tipo de acuerdos les dota de unas garantías en cuanto a su validez de las que carece el pacto suscrito en documento privado⁵⁴. Y es que la escritura pública constituye una garantía no solo de la efectiva concurrencia de los elementos estructurales del pacto sino muy en particular de la libre emisión y conformación del consentimiento; esto último, en razón del deber del notario de proporcionar a las partes la información que, según se ha expuesto con anterioridad, resulta determinante de la inexistencia de vicios de la voluntad.

A lo anterior hay que sumar la ventaja de la mayor fuerza probatoria en un proceso judicial del instrumento público frente al documento privado. De hecho, los órganos judiciales suelen considerar que no hay vicio del consentimiento en los supuestos de intervención notarial, siendo preciso para acreditar su existencia una prueba fehaciente de la efectiva falta de un consentimiento libre y voluntario en el otorgamiento.

5.2 Capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura

Hechas las consideraciones anteriores se suscita ahora la cuestión relativa a la idoneidad de las capitulaciones matrimoniales para pactar los contrayentes o cónyuges los efectos de su eventual y futura ruptura⁵⁵.

Si se defiende una interpretación estricta del artículo 1325 CC., en el sentido de considerar que por medio de capítulos los otorgantes pueden establecer lo que estimen conveniente sobre el régimen económico matrimonial, la respuesta a la cuestión planteada debería ser negativa. Pero, como es sabido, en el momento presente puede entenderse superada dicha interpretación, admitiéndose con carácter general como contenido de las capitulaciones todo tipo de estipulaciones que acuerden los otorgantes por razón de su matrimonio⁵⁶.

⁵⁴ Sobre la labor crucial del notario como vía de control privado –no judicial– de los acuerdos prematrimoniales, cfr. PINTO ANDRADE, C., «La genérica validez de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, 2010, p. 71.

⁵⁵ En este sentido se ha afirmado que en el Derecho civil común el posible encaje de los pactos prematrimoniales en las capitulaciones tiene un dudoso fundamento en el art. 1325, pues estas últimas están diseñadas para regular el régimen económico del matrimonio cuya vigencia presuponen (cfr. CABEZUELO ARENAS, A. L., «¿Es válida la renuncia...», cit., pp. 2376 - 2377 y 2390 - 2391).

⁵⁶ En los Derechos forales, las dudas al respecto han sido resueltas expresamente por el legislador. En este sentido, el artículo 231-20.1 de la ley 25/2010, de 29

Cabría entonces aducir que los acuerdos prenupciales en previsión de separación o divorcio se contraponen al contenido típico del mencionado instrumento –la organización familiar– y que la determinación consensual de los efectos de la crisis conyugal tiene el cauce específico del convenio regulador. Lo cierto es que tampoco esta objeción constituye obstáculo suficiente para admitir ese tipo de pactos en capitulaciones⁵⁷. Antes bien, se ha afirmado que el tratamiento conjunto de estos últimos con las decisiones relativas al régimen económico del matrimonio presenta la ventaja, frente a las escrituras públicas aisladas, de poder dotar de mayor coherencia a la situación del matrimonio y lograr resultados más justos, evitando que después devengan ineficaces por resultar gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges⁵⁸.

Sentado lo anterior la regla de capacidad de las partes vendrá entonces resuelta por lo dispuesto al respecto en sede de capitula-

de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, dispone lo siguiente: «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública». Y el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano establece: «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 para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta Ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio».

⁵⁷ Es significativo que los casos litigiosos sobre acuerdos prematrimoniales que han llegado a los tribunales españoles, en su mayoría habían sido otorgados en capitulaciones matrimoniales (*vid*: SAP Granada 14 mayo 2001 [AC 2001/1599]; SAP de Madrid 27 noviembre 2002 [JUR 2003/92086] y SAP Madrid 27 febrero 2007 [JUR 2007/151411]). Entre la doctrina, refiriéndose al hecho de la subjetivización de la institución matrimonial en el mundo occidental, sostiene RAMS ALBESA que ésta obedecerá y responderá a las ideas, convicciones y acuerdos que los cónyuges establezcan, «si bien solo tendrán trascendencia en la medida en que éstas se plasmen en estipulaciones capitulares; de lo contrario habrá que conformarse con las recomendaciones sin acción jurídica para hacerlas efectivas, de los paupérrimos artículos 67 y 68 CC., pues su incumplimiento y desatención no son ni siquiera causa de separación o de divorcio» (RAMS ALBESA, J., «La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 82). En esta línea se ha afirmado incluso que el artículo 1325 Cc., al no imponer literalmente como contenido necesario de los capítulos las estipulaciones sobre régimen económico –pues sólo las menciona y yuxtapone a cualesquiera otras por razón del mismo–, los acuerdos en previsión de ruptura, por sí solos, también podrían constituir el contenido típico de aquéllos (cfr: PÉREZ VALLEJO, A. M., *El juego de la autonomía de la voluntad...*, cit., p. 122; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., p. 211).

⁵⁸ Así, los pactos de renuncia anticipada a determinados derechos de naturaleza patrimonial –por ejemplo la compensación por el trabajo para la casa– estipulada en capitulaciones otorgadas antes de la celebración del matrimonio o durante su vigencia, no atentarán contra la necesidad de igualdad de los cónyuges si, por ejemplo, se ha fijado una compensación por desequilibrio más elevada (cfr. ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social [De la casa a la persona]*, Madrid, Civitas, 1999, p. 149 y PASTOR VITA, F. J., «La renuncia...», cit., pp. 52 y 53, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *op. cit.*, pp. 110 y 111).

ciones de manera que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1329 Cc., podrán suscribir los pactos que nos ocupan los menores que hubieren obtenido dispensa de edad para contraer matrimonio con el asentimiento de sus representantes legales⁵⁹.

⁵⁹ Sostiene MARTÍNEZ ESCRIBANO que los artículos 1328 y 1329 Cc. deberán aplicarse a los pactos de naturaleza económica, pero no a los de naturaleza personal, pues atendida su trascendencia será exigible la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar (cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *op. cit.*, pp. 211 y 212).