



FACULTAD DE DERECHO

LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Autor: Gabriela Ramírez de Haro Cortés

5,º E3 D

Derecho Civil

Tutor: Reyes Corripio Gil- Delgado

Madrid

Abril, 2018

Resumen: Desde la legalización del divorcio en el año 1981, los pactos prematrimoniales se ven como una necesidad en la sociedad española. Muchos países lo regulan como es el caso de Francia, Alemania, Reino Unido, y Estados Unidos, que se posiciona como germen de los sistemas actuales. En España tenemos una situación un tanto extraña, puesto que el régimen común no lo regula, sin embargo, la comunidad autónoma de Cataluña lo ha regulado de manera íntegra, incluso para las parejas de hecho. Otras comunidades han seguido su ejemplo, pero el legislador común sigue sin dar el gran paso, es más hay un amplio debate sobre su eficacia.

Palabras clave: acuerdo, divorcio, separación, matrimonio, España, Estados Unidos, Cataluña.

Abstract: Since the legalization of divorce in 1981, premarital agreements are seen as a necessity in Spanish society. Many countries regulate it as is the case of France, Germany, the United Kingdom, and the United States, which is the beginning of the current systems. In Spain we have a strange situation, since the common system does not regulate it, however, the autonomous community of Catalonia has regulated it in an integral way, even for de facto couples. Other communities have followed, but the common legislator is still not taking the big step, there is still a broad debate about its effectiveness.

Key words: Agreement, divorce, break up, marriage, Spain, United States, Catalonia

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	4
1. INTRODUCCIÓN	5
Justificación de interés.....	7
Metodología.....	8
Plan de trabajo.....	8
2. LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN EL DERECHO COMPARADO	10
2.1 Los prenups en el common law	10
2.1.1 Los prenups en el derecho americano.....	11
2.1.2 Los "prenups" contemporáneos: Asunto <i>Posner vs. Posner</i>	12
2.1.3 Asunto Scherer vs. Scherer.....	13
2.1.4 Influencia de las asociaciones de derecho	14
2.1.5 Regulacion	15
2.2 En derecho continental	15
2.2.1 Alemania.....	16
2.2.2 Francia	16
2.2.3 Italia.....	17
3. ACUERDOS MATRIMONIALES EN ESPAÑA: DERECHOS FORALES Y DERECHO COMÚN	18
3.1 Los acuerdos prematrimoniales en el derecho catalán y en otros derechos forales 21	
3.1.1 Requisitos de los pactos en previsión de ruptura	25
3.1.2 El contenido de los pactos	27
3.1.3 Eficacia de los pactos en previsión de ruptura	28
3.2 Los acuerdos matrimoniales en el derecho común	29
3.2.1 Acuerdos prematrimoniales y capitulaciones matrimoniales	30
3.2.2 Eficacia	30
3.2.3 Límites.....	33
3.2.4 Contenido	34
3.2.5 Forma.....	36
3.2.6 Validez.....	37
3.3 Especial importancia de la pensión compensatoria	38
CONCLUSIÓN	44
BIBLIOGRAFÍA	46
ANEXOS	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Prenups	Prenuptial Agreement
UPAA	Uniform Premarital Agreements
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia Tribunal Supremo
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
pp.	páginas
IPC	Índice de Precios al Consumo
BOE	Boletín Oficial del Estado
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya
DOGV	Diario Oficial de la Generalitat Valenciana

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2016, el Instituto Nacional de Estadística registró 101.294 casos de divorcio (95.6%), separación (4.3%) o nulidad (0.1%) en territorio nacional, lo que representa una tasa de 2,2 por cada 1.000 habitantes¹. Y de acuerdo con las estadísticas del Consejo del Poder Judicial, el porcentaje de divorcios contenciosos presentados en el primer trimestre de 2017 aumentó un 4.8% respecto del mismo periodo del año anterior². Respecto a la duración de los procedimientos, los de mutuo acuerdo se resolvieron en un periodo medio de 3,1 meses mientras que los contenciosos ascendieron a 9,9 meses. Lo que explica estas cifras, es en gran medida el mayor reconocimiento del ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad, lo que ha llevado a aumentar el poder de decisión tanto del hombre como de la mujer en la celebración, así como la extinción de su matrimonio. Desde la llegada de la democracia, el derecho de familia ha experimentado cambios muy significativos que han eliminado la preeminencia y supremacía del hombre en el matrimonio, para dar paso a una igualdad de sexos, reconocida en el artículo 14 de nuestra Carta Magna. Estos hechos nos hace preguntarnos: ¿Serían todavía más ágiles estos procedimientos en el caso de que nuestro ordenamiento admitiera los acuerdos prematrimoniales con total libertad?

Los pactos o acuerdos prematrimoniales son contratos firmados entre los futuros cónyuges con el fin de poner por escrito y de ese modo regular aspectos tanto económicos como personales derivados de la futura unión matrimonial. Se puede decir que estos acuerdos tienen un triple objetivo:

1. Establecer una regulación para las cuestiones patrimoniales y personales incluyendo las relativas a los hijos si los hubiere.
2. Determinar el régimen económico matrimonial, de acuerdo con los tres recogidos por el Código Civil, y por último
3. Rehuir la intervención de los órganos judiciales una vez se ha roto el matrimonio para la posterior distribución de los bienes que hayan conformado la sociedad.³

¹ Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios”, Año 2016 (disponible en http://www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf, última consulta 15/02/2018)

² “Demandas presentadas de nulidades, separaciones y divorcios”, Año 2017 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Demandas-presentadas-de-nulidades--separaciones-y-divorcios/>, última consulta 17/03/2018)

³ ANTON JUAREZ, I “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado” *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 7, Nº 1, 2015, pp 5-45

Estos acuerdos han pasado de verse como una excentricidad reservada a los matrimonios hollywoodienses⁴ a verse como una necesidad por múltiples razones. En primer lugar, a causa de la creciente globalización, así como de las constantes migraciones, los matrimonios mixtos son cada vez más habituales. Y es que estos acuerdos ofrecen la posibilidad de establecer un derecho para regular aquellas cuestiones que puedan derivar de la unión, y de ese modo se reduce de manera copiosa la inseguridad jurídica. Otra razón anteriormente introducida, es el auge de divorcios en esta época en la que impera una *mentalidad divorcista*, y por último y como consecuencia de la anterior, las segundas nupcias. Y es que son estos segundos matrimonios los que más demandan estos acuerdos, puesto que por haber sido víctimas de la amarga experiencia de atravesar un divorcio, esta ha ocasionado que su índice de confianza haya descendido. Aunque no es solo por ellos, si no porque gran parte de estas personas tienen hijos a su cargo, y tienen el deber de velar por sus intereses, así como por los patrimonios que hayan podido construir, que asimismo deben proteger. También son muy recurrentes estos pactos en empresarios que quieren proteger el patrimonio de su cónyuge con garantías adicionales que las que les brinda la separación de bienes. O de forma contraria, para aquellos que no quieren que la empresa pase a manos de su cónyuge, por ejemplo, si se trata de una empresa familiar que ha pasado de generación en generación⁵.

Tal y como veremos más adelante, actualmente hay una ausencia de régimen jurídico común para la regulación de los acuerdos matrimoniales. Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas disponen de su régimen de aplicación propia. Por ejemplo Cataluña, pionera en la regulación, normalizó dichos acuerdos en el Código de familia de Cataluña⁶ y que modificó posteriormente con la Ley 25/2010⁷. Le siguió la Comunidad Valenciana con la ley 10/2007⁸ que reconoció la facultad de estipular pactos prematrimoniales. Pese a la plena libertad de los cónyuges para contratar libremente entre sí, recogida en el artículo 1323 del Código Civil,

⁴ Tendemos a pensar que son americanos, por el gran número de famosos excéntricos que los firman en ese país (Tom Cruise le prohibió a Katie Holmes ser vista con otra pareja hasta pasados cinco años desde su divorcio), pero también porque Hollywood ha utilizado el tema para películas como "Intolerable Cruelty", dirigida por los Hermanos Coen y protagonizada por George Clooney y Catherine Zeta Jones

⁵ Ejemplo de actualidad ha sido el Príncipe Ernesto Augusto de Hannover, que no ha aprobado el matrimonio de su hijo mayor por miedo a un hipotético divorcio y que las propiedades de la Casa Real alemana, transmitidas pasen a la esposa de nacionalidad rusa. De hecho, está inmerso en un proceso judicial para tratar de recuperarlas.

⁶ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. (DOGC núm. 2687 de 23 de Julio de 1998 y BOE núm. 198 de 19 de Agosto de 1998)

⁷ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (DOGC núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de Agosto de 2010).

⁸ Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. (DOCV núm. 5475 de 22 de Marzo de 2007 y BOE núm. 95 de 20 de Abril de 2007).

estos pactos presentan tres limitaciones, y es que no pueden contrariar la ley, la moral ni el orden público.⁹

Justificación de interés

En primer lugar, los pactos prematrimoniales son cada vez más un tema de actualidad por su lenta pero progresiva incorporación en el derecho español. Nuestra cultura los ha mirado con cierto recelo¹⁰, ya que se tiende a relacionarlos con una falta de confianza hacia el otro, y por pensar que ya antes de la unión, esta va a tener una duración definida. Sin embargo, la práctica en otros países ha demostrado que muchas veces las consecuencias de estos pactos, han sido muy positivas, siempre que no hayan sido pactos desmesurados como los que firman muchas caras conocidas de Hollywood o de la industria musical¹¹.

A día de hoy en España, el índice de divorcios sube cada año y es que se ha triplicado desde 2001 tal y como apunta el Consejo General del Poder Judicial en sus informes estadísticos.¹² Es sabido incluso por quien no ha pasado por la experiencia, que los divorcios tienen la mayor parte de las veces consecuencias desgastantes, que podrían serlo menos si estas ya hubieran estado pactadas previamente. Además de evitar dichas circunstancias psicológicas desagradables se producirían también grandes ahorros económicos y procesales, tanto para las partes como para los órganos judiciales. Después de haber pasado por este procedimiento tormentoso, estos individuos suelen volver a ver la luz y encuentran una persona con la que compartir el resto de su vida, y tras esta dura experiencia y en aras de proteger a sus hijos y sus pertenencias, estos pactos se ven como una necesidad. Por esas razones creo que es solo cuestión de tiempo que se regulen en el régimen común estos pactos, y me gustaría enfocar mi vida profesional a su estudio y tramitación. Mediante este trabajo me doy una oportunidad para ver si realmente es a lo que me quiero dedicar.

⁹ Artículo 1255, Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil.

¹⁰ Se tiende a relacionarlo con una sociedad opulenta, de abogados caros, muchas infidelidades y grandes fortunas, pero sus orígenes son muy anteriores a estos estereotipos.

¹¹ Madonna hizo firma a su exmarido un contrato por el que le obligaba a leer la Cábala unas horas a la semana, estableció también un número de relaciones sexuales semanales y le permitía serle infiel siempre que usara protección. Beyoncé por su parte firmó recibir 5 millones de dólares por cada hijo concebido de su marido Jay-Z. Angelina Jolie le hizo firmar a Brad Pitt una cláusula por la que en caso de divorcio, ella se quedaría con la custodia de los hijos.

¹² Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Informacion-socioeconomica-relacionada-con-la-Administracion-de-Justicia/Aspectos-socioeconomicos-relacionados-con-la-actividad-judicial/Nulidades--separaciones-y-divorcios/>, última consulta 18/03/2018).

Metodología

Este proyecto se ha basado en la investigación analógica, puesto que se busca que las conclusiones extraídas para los ordenamientos de otros países sean válidas también para el ordenamiento español. Con otros ordenamientos nos referimos en gran medida al caso americano, pero también a otros que presentan mayores similitudes con el español, como la ubicación geográfica o la tradición histórica. Esto nos lleva a pensar que habría una gran probabilidad de viabilidad en la implantación en España de estos pactos. Además contamos con el éxito de su implantación en el ordenamiento catalán.

Para la recolección de los datos de la presente obra, se ha elegido el método cualitativo haciendo uso de fuentes primarias. Estas, están formadas por publicaciones de académicos de derecho de familia para construir la revisión de la literatura. Se han utilizado sobre todo la base de datos Dialnet, que también, de manera indirecta nos ha conducido a bases de datos de universidades de toda la península. Las palabras clave utilizadas fueron: "acuerdos prematrimoniales", "pactos prematrimoniales", "capitulaciones prematrimoniales". La publicación más antigua data de 1998. Además de las fuentes académicas, también se han consultado bases de datos estadísticas como el Instituto Nacional de Estadística o las publicaciones del Consejo del Poder Judicial.

Plan de trabajo

El presente trabajo se estructura en tres partes de análisis y una de conclusiones. La primera parte es la introducción donde se explicitan cuestiones metodológicas y se introduce el tema. La segunda parte arranca con un estudio del origen de los pactos patrimoniales a través del derecho americano, que ha sido el precursor de la materia. Se parte de sus raíces, y se hace un análisis de los principales asuntos que han servido para dar forma a lo que hoy conocemos como "prenups". Además de los asuntos, que es como se denomina a la jurisprudencia en ese país, se analizan los principales escritos que han ido elaborando instituciones de renombre. Finalmente, la tercera parte del trabajo, más extensa que la anterior, comienza introduciendo la acogida que han tenido estos pactos en los ordenamientos europeos. A continuación hace una breve introducción sobre la regulación que tienen en España. Comienza por tratar en profundidad la comunidad autónoma de Cataluña, que desde siempre ha tenido ese espíritu precursor y es la que más ha legislado sobre la materia. Luego nos centramos en el derecho común, y las diferencias abismales que hay respecto a la comunidad catalana. Se analizan aquí también los motivos de esta falta de regulación. Por último, se hace referencia a uno de

los puntos que más ríos de tinta ha hecho correr en materia de pactos prematrimoniales, y es la cuestión de los pactos compensatorios del artículo 97 del Código Civil.

Finalmente en las conclusiones se analiza la influencia que ha tenido el derecho americano en el ordenamiento jurídico español así como una previsión de la futura regulación española en materia de pactos matrimoniales.

2. LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN EL DERECHO COMPARADO

El trabajo aborda inicialmente la cuestión de los pactos prematrimoniales en derecho comparado, especialmente en el common law, por haber sido el régimen jurídico creador de la materia, y por la cantidad de casos que se han venido dando desde su aprobación en 1983. Por el régimen territorial de los Estados Unidos, esta adopción se ha ido dando de manera paulatina, hasta alcanzar la aprobación de veinte siete estados. Tras analizar los orígenes y la estructura de estos pactos, concluiremos con otros ordenamientos de derecho continental en los que también ha habido un importante acercamiento, pero de maneras bastante diferentes.

2.1 Los prenups en el common law

El verdadero origen de los famosos "prenups" es la sociedad inglesa de los siglos XVII y XVIII, concretamente el seno de las familias adineradas, con el fin de proteger las propiedades de la mujer¹³, que solía haber obtenido previamente a la unión matrimonial. El motivo era el escaso valor que se le brindaba a la mujer como individuo desde el momento que contraía matrimonio¹⁴. Se dice que los "prenups" están inspirados en la institución judía de la "ketubah"¹⁵, que destina una cantidad monetaria a la mujer para el caso en el que el marido falleciera o decidiera finalizar el matrimonio de manera unilateral. Sin embargo, el sentido que le otorgaron las Cortes inglesas era de proteger la herencia y el patrimonio de las mujeres que provenían de familias adineradas, para el caso de que el marido muriera o se quisiera divorciar. Lo que pretendía era que la mujer no perdiera su capacidad sobre ese patrimonio, puesto que con la unión se perdía en beneficio del esposo, que era quien pasaba a manejarlo. Pese a esta antigua primera regulación, estos acuerdos no se aceptan ni se usan de un modo general hasta bastante más adelante. Sin embargo, nos centraremos en derecho americano porque en derecho inglés no figuran los regímenes económicos como los conocemos en España, y la implicación de eso es que los patrimonios no se unifican en

¹³ CLARK, H. H "Antenuptial Contracts", *University of Colorado Law Review*, vol. 50, 1979, pp. 142;

¹⁴ HOLDSWORTH, A History of English Law, 3rd edition, *Methuen & Co. Ltd, Sweet and Maxwell*, 1945, pp.310 y ss. Muy ilustrativo el ejemplo que pone el autor, del conde de Shrewsbury, quien en 1590 dispone en su testamento un legado de 1.000 libras, condicionado a que sobreviviera al marido.

¹⁵ "Ketubah" significa literalmente escritura, es decir la obligación de que el pacto quede por escrito tal y como establece el artículo 2 de los Uniform Premarital Agreement. Además, se establecen una serie de obligaciones del marido a la mujer, como la obligación de alimentarlo, vestirlo, serle fiel, sepelio... Además, le entrega una cantidad pensada para el caso de que el marido falleciera o se divorciara, lo que tendría una clara vocación de indemnización. Fue una invención de los rabinos para evitar que la mujer quedara desamparada, por la excesiva libertad del hombre para pedir el divorcio.

ningún momento, si no que siguen conviviendo de manera independiente, aunque no esto ni implica que no existan deberes entre ellos. En Inglaterra, fue desapareciendo su figura desde el siglo XIX, pues fue cuando los tribunales ingleses empezaron a considerar que este tipo de pactos fomentaban las rupturas matrimoniales, y dejaban a la mujer en una situación penosa. Pero en 1973, con la entrada en vigor de los Matrimonial Cause Act, se permitía a los cónyuges pactar de manera contractual los efectos económicos de su divorcio o separación. Sin embargo, vamos a centrarnos en los americanos por considerar que estos están más desarrollados que los ingleses, y eso se justifica en base a dos motivos. Por un lado, el contenido del pacto de los "prenups" ingleses es más limitado, y es que son solo admisibles cuestiones económicas, y el otro motivo es que hay una mayor intervención de los tribunales en los asuntos ingleses.

2.1.1 Los prenups en el derecho americano

En un principio, en Estados Unidos no eran válidos por considerar que alteraban los términos del matrimonio, y eran propulsores de los divorcios tal y como pasaba en Inglaterra. Sin embargo, lo que muchos no saben es que se han encontrado cuatro acuerdos en los archivos de la biblioteca de la universidad de Harvard, que datan de la época de las 13 colonias. El primero de ellos, firmado en Connecticut, describe el acuerdo entre *Luke Hayes y Mardlin Freeman*. Esta última es una madre viuda, propietaria de unas tierras. En el acuerdo se dispuso que su futuro esposo renunciare a las tierras, y que estas pasaran a su hijo en el caso en el que ella muriera o el cumplieres 21 años¹⁶. Como este, hay más ejemplos en los siglos sucesivos, pero lo importante es que estos pactos regulan únicamente cuestiones patrimoniales y la condición necesaria era la premoriencia pero nunca la separación o el divorcio, puesto que su legalidad llegó en el último tercio del siglo XX.

El ordenamiento jurídico americano está establecido como una nación pluri legislativa, por lo que cada uno de los cincuenta y un estados que la componen tiene una regulación civil propia si bien suele haber una cierta igualdad entre las regulaciones estatales, por lo que en este país encontramos distintas regulaciones de los acuerdos prematrimoniales¹⁷. Pese a ser distintos, hay materias en las que la mayoría de los estados coinciden, por ejemplo el régimen matrimonial reinante es el de separación de bienes salvo en tres estados: Louisiana, California

¹⁶ ANGUIA VILLANUEVA, L.A "Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos a la realidad española" en: J.J Rams Albesa *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Dykinson, 2009, pp.273-330.

¹⁷ Una normativa por cada estados más la del distrito de Columbia.

y Nuevo México. Por lo que, pese a tener regulaciones distintas, hay muchos puntos coincidentes. Los motivos de estas coincidencias son tres. En primer lugar Estados Unidos tiene una Constitución que data de 1787, y que ha sido ratificada por todos y cada uno de los estados. Esos principios inscritos en el texto constitucional se han ido interpretando de acuerdo a un tribunal con jurisdicción en todos los Estados, que es el Tribunal Supremo, por lo que entre los estados puede haber diferencias aunque no son sustanciales. Un segundo motivo para entender estas similitudes, es la presencia e importancia de ciertas instituciones jurídicas y económicas. Por ejemplo el *American Law Institute* o la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* que fomentan e impulsan la máxima uniformidad de leyes entre los estados. Y por último la gran influencia que tienen unos estados sobre otros. Pese a ser un país grande y muy poblado, hay diferencias abismales entre unos estados y otros. Nada tiene que ver el estado de Texas con el estado de Vermont. Y es que hay ciertos estados que tienen más peso en lo referente a temas políticos, jurídicos o económicos que otros. Esos estados referentes son Nueva York, California, Florida, Massachusetts y Texas.

2.1.2 Los "prenups" contemporáneos: Asunto *Posner vs. Posner*¹⁸

Tal y como hemos visto, Florida se considera un estado de referencia en los asuntos familiares, precisamente por haberse dado ahí el asunto que inauguró los acuerdos prematrimoniales: *Posner vs Posner*. Corría el año 1970, y hasta dicha fecha se inadmite todo acuerdo en previsión de ruptura entre cónyuges, alegando siempre que ese tipo de contratos contradecían la invulnerable institución del matrimonio como pasó con *Collins vs. Collins*.

De manera resumida, los hechos fueron los siguientes: los futuros consortes pactan catorce días antes de contraer matrimonio el pago de una pensión de alimentos que ascendía a la cantidad de 600 dólares para ella, así como para los hijos en el caso de que los hubiere. Seis años más tarde, y tras haber concebido dos hijos, el matrimonio se rompe y la mujer recuerda la existencia del pacto. Sin embargo, el señor Posner se niega a cumplirlo alegando que dicho pacto carece de fuerza vinculante y que es contrario al orden público. El caso llegó al Tribunal Supremo de Florida, que se posicionó contrario a los argumentos del señor Posner. Por un lado, el Tribunal no admite que sea contrario al orden público, y es que el Tribunal alega que en una época en la que los divorcios eran tan habituales en Florida, por qué no iban

¹⁸ Supreme Court of Florida, March 25, 1970, POSNER v. POSNER case, 233 So. 2d 381 (1970). Accesible en <https://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1970/37162-0.html>

a poder ampliarse las mismas consecuencias que para el caso de muerte. Su admisión no iba a incrementar de ningún modo las estadísticas, si no que iba a agilizar las consecuencias de esos divorcios en términos económicos. Por lo que quedaba admitido que los esposos pudieran negociar cómo distribuir su patrimonio una vez se diera el hipotético divorcio.

Por otro lado, el Tribunal se ampara en otros dos motivos para defender la validez del pacto: el consentimiento libre y válidamente prestado por ambos cónyuges así como una ausencia de cambio en las circunstancias del matrimonio. El asunto *Posner vs. Posner* se convertía por tanto en la primera sentencia que admitía este tipo de pactos, y por ende dejaban de considerarse contrarios al orden público. Es cierto que en 1962 se dio el precedente de esta sentencia que fue el asunto *Vecchio vs. Vecchio*¹⁹ pero distaba en que era una previsión de ruptura para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, tal y como se había estado admitiendo antiguamente.

Con el paso de los años, la jurisprudencia ha ido delimitando aquellos criterios que daban validez al acuerdo, dando por válidos sólo aquellos que pudieran ser verificados de acuerdo con criterios objetivos, por ejemplo, el consentimiento que debía existir y ser válido.

2.1.3 Asunto Scherer vs. Scherer²⁰

Otro asunto que marcó un antes y un después fue *Scherer vs Scherer*, en el que tuvo que intervenir el Tribunal Supremo de Georgia en 1982 y devino muy famoso por introducir el citado tribunal el concepto de "test de prenup", que se trata de una prueba que debe superar todo acuerdo prematrimonial para ser considerado válido. Este test consta de tres pautas:

1. La emisión del consentimiento libre y valido por ambos, por lo que quedaría invalidado por la presencia de error, fraude o coacción;
2. Que el acuerdo no sea desproporcionado y
3. Que por algún hecho o circunstancia que haya cambiado de los cónyuges, el acuerdo devenga injusto o desproporcionado

¹⁹ Supreme Court of Florida, June 29, 1962, VECCHIO v. VECCHIO case 143 So. 2d 17 (1962). Accesible en <https://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1962/31607-0.html>

²⁰ Supreme Court of Georgia, June 22, 1982, SCHERER v. SCHERER case, 249 Ga. 635 (1982). Accesible en <https://law.justia.com/cases/georgia/supreme-court/1982/38539-1.htm>

2.1.4 Influencia de las asociaciones de derecho

Tal y como ha sido introducido anteriormente, pese a ser un estado federal, han surgido varias asociaciones con la idea de homogeneizar la aplicación del derecho de familia entre los estados. La primera en hacerlo fue la Uniform Premarital Agreement Act de 1983 que fue modificada en 2012 por Uniform Premarital and Marital Agreement Act. La principal reforma del 2012, fue la ampliación de su aplicación a los acuerdos post nupciales, ya que el anterior solo se venía aplicando a los acuerdos prematrimoniales. De manera resumida, estas actas establecen unos requisitos necesarios para la validez de estos acuerdos, así como unos contenidos mínimos que deben cumplir. Los requisitos que se establecieron en 2012, además de los necesarios de 1983, que fuera firmado por las dos partes y que quedará recogido en un soporte electrónico, eran los siguientes: a. Consentimiento libre; b. partes deben ser asesoradas de manera independiente por un experto en la materia; c. las partes tienen que haber sido informadas del patrimonio de la contraparte d. la renuncia de la pensión de alimentos es legítima siempre que la parte receptora no atraviese una situación de desamparo que obligue al Estado a intervenir y por último e. que el acuerdo no sea desproporcionado ni en el momento de la firma ni en la ejecución.²¹

Respecto al contenido, en un primer momento se llevó a cabo una lista orientativa, que de ningún modo se considera *numerus clausus*, y con la reedición se ha recogido una lista de materias que quedan expresamente fuera de la validez de los acuerdos, por ejemplo en materia de violencia de género, o respecto de la custodia de los hijos.

Otra institución con una tremenda influencia en la homogeneización del derecho es el American Law Institute, que redactó en 2002 los Principles of the Law of Family dissolution. Estos se caracterizan por ser más completos que los anteriormente citados. El apartado 7.01 recoge una definición para los acuerdos prematrimoniales, que se puede traducir como un contrato entre cónyuges que pueden fijar derechos y obligaciones entre ellos de manera distinta a lo que establece la ley. El apartado 7.04 establece los requisitos necesarios para su validez que son: otorgamiento de consentimiento libre e informado al menos 30 días antes de la celebración del matrimonio, que no se dé ninguna injusticia sustancial y que ambos cónyuges hayan recibido asistencia jurídica independiente.

²¹ KATZ, S.N "Family Law in America" *Oxford: Oxford University Press* 2003

2.1.5 Regulacion

Pasados 30 años desde que se dejaron de calificar como contrarios al orden públicos, hoy los "prenups" están fuertemente asentados en la cultura norteamericana. Su regulación poco ha cambiado desde los orígenes que han sido expuestos, únicamente se han ido profundizando y completando. Por lo que actualmente son:

- Contratos formales, que deben celebrarse de manera escrita e incluso en algunos estados es necesaria la presencia de testigos. Obligatoriamente debe transcurrir un mínimo de 30 días para que puedan ser válidos.
- Consentimiento libre e informado, es decir que no medie ningún vicio del consentimiento. Es necesario también que las partes hayan sido asesoradas por expertos independientes.
- Cambio de circunstancias, para que la validez del contrato sea puesta en duda es necesario que se dé un cambio de circunstancias que hagan la situación desproporcionada o injusta.
- Límites de contenido, los cónyuges disponen de una casi absoluta libertad material que incluye cuestiones personales, económicas e incluso algunas relacionadas con los hijos, pero son estas las más limitadas, puesto que prima por encima de todo, la imposibilidad de perjudicar a los menores. Otro aspecto en el que los tribunales se han mostrado más reticentes ha sido con la renuncia a las pensiones por alimentos, y esto se debe a la visión del país sobre las ayudas públicas, que dista mucho de la visión del Estado de Bienestar de nuestro país. Y, por último, las previsiones de aquellas causas que justifican el fin del matrimonio.

2.2 En derecho continental

Cada vez son más los ordenamientos jurídicos que vienen admitiendo los pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Después de haber tratado su origen, en el derecho norteamericano, es necesario adentrarse en el continente europeo, y analizar como los distintos ordenamientos han reaccionado frente a estos contratos que en España todavía algunos los consideran una figura atípica.

2.2.1 Alemania

La acogida de los "prenups" ha sido muy desigual en nuestro continente. Alemania, por ejemplo, comenzó con una total tolerancia y permisividad de estos. Lo hizo a través de la admisión de la renuncia anticipada a la compensación por el desequilibrio económico, por lo en base a esa figura, el legislador reconoce la validez de los pactos. Queda recogido este precepto en el §1408.2 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)²². Tiene como límite el orden público. Sin embargo en los últimos años, y desde la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 6 de febrero de 2001 se han hechos más relevantes algunas interpretaciones en contra de su admisibilidad. Y es que ahora se está prestando más atención a las cláusulas que pactan los cónyuges en materia económica, para evitar que alguno de ellos quede desamparado.²³

2.2.2 Francia²⁴

Del mismo modo, Francia, que en fecha de 14 de febrero de marzo de 1978 ratificó la Conferencia de la Haya²⁵ sobre derecho aplicable al régimen matrimonial, también reconoce estos acuerdos. El derecho francés se caracteriza por otorgar un gran peso a la autonomía de la voluntad de las partes, reconoce también estos pactos en el artículo 1391 del Code Civil²⁶, bajo el nombre de "contrat de mariage". El legislador pone como límites a estos pactos el orden público y las buenas costumbres tal y como reza el artículo 6 de su Código Civil, por lo que no sería legal establecer cláusulas como la prohibición de volver a contraer matrimonio o incluso la prohibición de divorciarse. La causa de estos contratos, se hizo originalmente para la administración, disposición y disfrute de las propiedades adquiridas antes y durante el matrimonio por las partes. En estos contratos se incluye la obligación de establecer el régimen matrimonial que los futuros cónyuges desean establecer, que son los mismos que en España. Para que estos contratos sean válidos es estrictamente necesario que se hagan frente a un notario, tal y como establece el artículo 1394 del Code Civil. Y para que quede constancia,

²² Deutschland, Bürgerliches Gesetzbuch, disponible en <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>

²³ "Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado" cit." pp.117

²⁴ Francia fue el primer país que admitió en divorcio en el Código Civil de 1804

²⁵ Convenio de 14 de marzo de 1978 relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matrimonio <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=88>

²⁶ *Francia. Code civil.* Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

su existencia se plasma en el certificado de matrimonio como dice el artículo 76 del mismo código.

2.2.3 Italia

Caso muy distinto es el del legislador italiano, que se niega a dar validez a estos contratos por considerar que su causa es ilícita de acuerdo con el artículo 169 del Codice Civile.²⁷ Del mismo modo también considera nula la renuncia anticipada a la pensión compensatoria, basándose en el art 160 que prohíbe la derogación de los derechos previstos por la ley. Análogamente, La Corte di Cassazione se ha mostrado contraria a admitir pacto alguno en previsión de una crisis matrimonial²⁸. Sin embargo, el caso italiano es bastante particular, puesto que pese a que el Código y la Corte di Cassazione tienen una postura claramente contraria, la doctrina se ha venido posicionando a favor de la validez de estos, siempre y cuando regulen materias distintas a lo anteriormente mencionado.

²⁷ Italia. Codice Civile Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>

²⁸ BARRIO GALLARDO, A "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español". *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 2016, N°. 46 pp. 168

3. ACUERDOS MATRIMONIALES EN ESPAÑA: DERECHOS FORALES Y DERECHO COMÚN

Tal y como hemos visto, el caso de España difiere notablemente del derecho comparado, y es que pese a que en el régimen común no exista regulación, algunos territorios forales ya han legislado ampliamente sobre la materia. Nuestro país ha tenido una concepción del matrimonio y la familia con tintes patriarcales por la fuerte influencia de los planteamientos judeo cristianos. Uno de los pilares básicos de esta filosofía es que el matrimonio es una unión indisoluble y perpetua.

Antes de ahondar en las regulaciones y la historia de los pactos, es necesario hacer hincapié en el argumento expuesto en la introducción sobre el cambio de mentalidad de la sociedad española tan reciente y que el legislador no ha sabido plasmar. Y es que no hace falta consultar el Instituto Nacional de Estadística para saber que la población española ha crecido con los últimos años. Eso unido al descenso en matrimonios se refleja también en que el 44.5% de los nacimientos de 2017 son de madres no casadas²⁹. Claramente la sociedad ha cambiado, y mucho.

La primera regulación del divorcio como tal, data del siglo VII, del Fuero Juzgo³⁰ que lo permitía en tres supuestos muy concretos: sodomía, prostitución y adulterio. Pero en siglo XIII, con la redacción de las Siete Partidas³¹ quedaba derogado. Varios siglos más tarde, concretamente en el año 1931 con el establecimiento de la República en España, se redactó la Ley del Divorcio de 1932³² con la oposición de la Iglesia Católica. Con la llegada de Franco, esta ley fue automáticamente derogada. Y posteriormente con el establecimiento de la democracia, la ley 30/1981³³ reguló el divorcio, sin embargo este estaba sujeto a la existencia de una serie de causas que lo motivaran. Para obtener el divorcio, debía demostrarse el cese efectivo de la convivencia conyugal por tiempo mínimo de un año y debía quedar probada una grave o reiterada violación de los deberes conyugales. Por lo que

²⁹ Instituto Nacional de Estadística, disponible en http://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2017/index.html#13/z, última consulta 15/03/2018

³⁰ España, Fuero Juzgo s. XIII, http://www.archivodemurcia.es/d_carmesi/SERIE3/serie3/01/SERIE3/53/00000001.pdf

³¹ España, Siete Partidas, <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>

³² Primera vez que se regula el divorcio en España

³³ Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (BOE de 20 de Julio de 1981)

un simple acuerdo de los cónyuges no era causa suficiente para obtener la sentencia de divorcio.

Finalmente, con la ley 15/2005³⁴ de 8 de julio se eliminó la necesidad de probar ninguna causa, más que uno de los consortes no deseara la continuación de la unión, sin que el otro pudiera oponerse a tal petición. Se consigue por tanto dejar atrás el régimen causalista para pasar a un régimen consensual del divorcio³⁵. Por lo que la obtención del divorcio es desde ese momento totalmente posible, con el único requisito de que hayan transcurrido tres meses desde la fecha de la unión matrimonial.³⁶

Esta regulación se ha ido desarrollando a medida que la sociedad se ha ido abriendo y ha ido avanzando, puesto que el derecho se caracteriza por ir regulando los avances sociales. Pese a esta libertad casi total para el obtener el divorcio, todavía persiste un sector de la población que sigue viendo el divorcio con malos ojos, como un fracaso, y no lo tratan como una opción válida para poner fin a sus problemas matrimoniales³⁷. Uno de los motivos por los que esta ley de divorcio salió adelante fue por la inclusión de la mujer en la vida laboral, lo que llevó aparejado también unos nuevos modelos de familia. La mujer deja de dedicarse en exclusiva a las tareas del hogar y ahora desempeña una profesión con la que obtiene ingresos propios. Esto provoca un enorme cambio en los roles sociales del matrimonio. Los matrimonios dejan de estar formados exclusivamente por hombre y mujer, en 2005 se legaliza el matrimonio homosexual, que evidentemente también admite la posibilidad de divorciarse.

Por lo que son estas dos razones, el distanciamiento de la sociedad heteropatriarcal, herencia de las ideas judeocristianas y la incorporación de la mujer al mercado laboral lo que favorece la legalización del divorcio. Ahora con la posibilidad de obtenerlo, tiene más sentido que sean introducidos y reclamados los acuerdos matrimoniales por la sociedad. Y es que la profesora Aguilar Ruiz tiene una frase muy acertada *“los pactos prematrimoniales son un ejemplo de la eterna tensión entre la autonomía de la voluntad de los cónyuges y el papel regulador, de*

³⁴ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE núm 163). Se la conoce como la “ley de divorcio express”.

³⁵BERROCAL LANZAROT, A. ‘Pactos en previsión de ruptura matrimonial’; *LA LEY Derecho de familia*, Nº 5, 2015, Editorial LA LEY

³⁶ El Código Civil recoge la regulación del divorcio en los artículos 81 a 84.1

³⁷ Tendemos a pensar que se trata de una minoría conservadora la que piensa así, pero esta idea está más expandida de lo que pensamos, tal y como he podido comprobar preguntando a compañeros y amigos.

*fijación de límites por parte del Estado, sobre el concepto de matrimonio vigente en nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, de la familia*³⁸

Con la Ley 11/1981³⁹ España ha evolucionado hacia un mayor reconocimiento de la autonomía de la voluntad, pues con esta ley se consagró el principio de libertad de los cónyuges para celebrar entre sí toda clase de actos y negocios jurídicos. El mismo año pero por medio de otra ley, la 30/1981 se introdujo la figura del convenio regulador que proporcionaba a los cónyuges la posibilidad de determinar los efectos de su ruptura.

Según Silvia Gaspar Lera⁴⁰, en el ámbito del derecho de familia, la autonomía de la voluntad se ha venido ejerciendo mediante tres mecanismos

- El convenio regulador, del artículo 90 CC, que debe ser homologado judicialmente y mediante el cual lo cónyuges determinan los efectos de su ruptura, una vez que la crisis haya acontecido.
- Las capitulaciones matrimoniales, del artículo 1325 CC por las que los cónyuges pueden estipular, convenir o modificar su régimen matrimonial.
- Los pactos privados de la separación que sin estar regulados por el código, tienen la eficacia vinculante de los contratos según una consolidada jurisprudencia.

Puesto que España es un país sin tradición de estos contratos, estos se han introducido mediante la vía convencional, por lo que hay una acusada ausencia de régimen jurídico específico. Sin embargo algunas autonomías sin han reconocido de forma expresa pero con poca jurisprudencia los acuerdos. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en un principio negaba validez a todos los pactos que excluyan la pensión compensatoria⁴¹. Sin embargo el Tribunal Supremo con sus sentencias recientes parece que está cerca de proclamar la licitud de los acuerdos prematrimoniales.⁴² La doctrina comenzó por oponerse también, ya que consideraba que su contenido debía hacerse mirando por el matrimonio y no

³⁸ AGUILAR RUIZ L., «Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia», Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, T. I, coordinador Luíís Díez-Picazo, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2014, p. 106.

³⁹ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. («BOE» núm. 119, de 19/05/1981).

⁴⁰ en *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad* (2011)

⁴¹ GARCÍA RUBIO M.P. "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil, Madrid* Vol 1, 2003, pp 1653-1674

⁴² STS de 31 de marzo de 2011 RJ 3137 y STS de 26 de junio de 2015 RJ 2657

por su extinción, pero esa doctrina ya no es mayoritaria y predominan los favorables a este tipo de negocio⁴³

3.1 Los acuerdos prematrimoniales en el derecho catalán y en otros derechos forales

Excluyendo el régimen común, destaca la comunidad autónoma catalana como precursora de los pactos prematrimoniales. Por ser esta la comunidad más destacada, va a ser objeto de estudio a continuación. Al margen de esta, otras comunidades han legislado sobre figuras afines. Por ejemplo la comunidad valenciana que le da el nombre de "Carta de nupcias", a aquel documento en el que se puede establecer el régimen económico matrimonial así como otros pactos ya sean patrimoniales o personales entre los cónyuges, en beneficio de sus hijos, incluso aunque estos no hayan nacido y con efectos durante y después del matrimonio. Queda regulado en el Título IV de la ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat de Régimen Económico Matrimonial Valenciano⁴⁴, y específicamente el artículo 25 recoge aquellas materias que pueden ser objeto de contenido en los pactos.⁴⁵

A diferencia de la claridad de la regulación foral catalana que analizaremos y en menor medida de la valenciana, encontramos dos derechos forales que también regulan los acuerdos pero de manera mucho más cautelosa. Por un lado la legislación aragonesa, que admite cualquier pacto lícito que los cónyuges estimen conveniente, incluso aquellos que tengan por objeto la previsión de ruptura en las capitulaciones matrimoniales. Se regula en el artículo 185 del Real Decreto legislativo "Código del Derecho Foral de Aragón, titulado "Principio de libertad de regulación". En el artículo 3 del mismo código se recoge el principio *standum est chartae*, más conocido como libertad de voluntad civil, por el que se admite que los cónyuges regulen sus relaciones y se interpreta que con libertad de ir más allá de las cuestiones patrimoniales únicamente.⁴⁶. En la misma línea, Galicia, mediante el artículo 172 de la Ley

⁴³ REBOLLEDO VARELA, A.L. "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)", en Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias, edit. Thomson-Civitas, 2008, vol. I págs. 741-742

GASPAR LERA, S "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad" *Anuario de Derecho Civil* Vol. 64 2011, pp. 1041-1074

⁴⁴ Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. DOCV núm. 5475 de 22 de Marzo de 2007 y BOE núm. 95 de 20 de Abril de 2007

⁴⁵ *Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado*, Op. Cit pp. 36

⁴⁶ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. (BOA núm. 63 de 29 de Marzo de 2011)

gallega de Derecho Civil⁴⁷ da libertad a los cónyuges para poder pactar la liquidación de la sociedad de gananciales con plenos efectos al disolver la misma

Cataluña, fiel a su espíritu pionero y vanguardista, fue la primera autonomía en reconocer los pactos en previsión de ruptura matrimonial, mediante el artículo 15.1 de la ley 9/1998 del Código de Familia de 15 de julio⁴⁸ que rezaba: *“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”*. De la literalidad del artículo se puede concluir que no existían requisitos de forma, más que fueran incluidos en las capitulaciones matrimoniales. Se mantenía abierta la posibilidad de que estos acuerdos fueran recogidos tanto en documentos públicos como privados, pese a que estos últimos no contaban con las mismas garantías probatorias, y se recomendaba que se hicieran bajo la forma pública. Frente a la sobriedad de la anterior regulación, en 2010 el artículo queda reformado, admitiendo de manera expresa los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, así como el establecimiento de los requisitos para su validez y eficacia, gracias a la Ley 25/2010 de 29 de julio del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

⁴⁷ Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. (DOG núm. 124 de 29 de Junio de 2006 y BOE núm. 191 de 11 de Agosto de 2006)

⁴⁸Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. (DOGC núm. 2687 de 23 de Julio de 1998 y BOE núm. 198 de 19 de Agosto de 1998).

Viene recogido en el artículo 231-20⁴⁹:

“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, y caducan de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-19.2.

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.”

La regulación de la comunidad autónoma catalana es bastante similar a la americana que hemos analizado previamente, aunque tiene una variante muy sorprendente, y es que se admiten también estos pactos para las parejas de hecho, bajo el nombre de “pactos en previsión del cese de la convivencia”, y su validez se recoge en la exposición de motivos de

⁴⁹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (DOGC núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de Agosto de 2010)

dicha ley, que tiene como fin proteger todos los tipos de organización familiar⁵⁰. La justificación para la extensión de esta figura es que se plantean los mismos problemas para las parejas unidas por matrimonio que para las estables en materia patrimonial por lo que estos acuerdos son igualmente prácticos para los segundos. La extensión de los mismos se lleva a cabo en una remisión del artículo 245-5 del Código Civil de Cataluña, a la normativa establecida en el matrimonio: “*en previsión del cese de la convivencia, los convivientes pueden pactar en escritura pública los efectos de la extinción de la pareja estable. A estos pactos se les aplica el artículo 231-20*”.

Tal y como decíamos, se trata de una extensión, por lo que sigue habiendo una serie de matices y diferencias en la regulación de este tipo de parejas⁵¹, por ejemplo en la terminología, para los cónyuges utiliza “pactos en previsión de ruptura” mientras que para las parejas de hecho emplea “pactos en previsión del cese de la convivencia”. Además de esta regulación, se vienen admitiendo jurisprudencialmente desde la STS de 18 de mayo de 1992, que recordó la importancia de la Recomendación número R (88)-3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de marzo de 1998, que tiene por objeto prohibir la declaración de nulidad de los contratos de naturaleza patrimonial entre personas no casadas que viven juntas o aquellos que regulen sus relaciones patrimoniales.⁵² La sentencia más relevante hasta ahora sido la TSJC de 12 de julio de 2012⁵³, puesto que ha sido la primera en la que el TSJC se ha manifestado tras la normativización realizada en 2010 en el Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat). Pero la peculiaridad del caso, es que la demanda data del 2008, por lo que la normativa aplicable es la relativa a la ley 9/ 1998

⁵⁰ La exposición de motivos dice literalmente “*El título III mantiene la sistemática del Código de familia, salvo la importante incorporación, en el primer precepto, de otras formas de familia, como la pareja estable y la familia formada por un progenitor solo con sus descendientes, así como del reconocimiento del carácter familiar de los núcleos en que conviven hijos no comunes, sin perjuicio de los vínculos de estos con el otro progenitor*”.

⁵¹ EGEA FERNÁNDEZ, J “La incidencia del tratamiento civil de la familia en la configuración de un determinado modelo familiar”, *Nuevos escenarios para el Derecho de trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador*, coord: LOPEZ LOPEZ J., Marcial Pons, 2001, pp. 34 y ss.

⁵² ALLUEVA AZNAR, L “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2013, pp 1-19.

⁵³ TSJC de 12 de julio de 2012 (RJ 2012\10025)

3.1.1 Requisitos de los pactos en previsión de ruptura

Tal y como decíamos, la sentencia TSJC de 12 de julio de 2012, es de gran importancia, no solo por haber sido la primera sentencia tras la nueva normativa, pero por ser también la que ha sentado los requisitos para la validez de este tipo de acuerdos. La citada sentencia es de el caso de dos españoles que contraen matrimonio en México en 1989, y posteriormente suscriben en documento privado y con la presencia de dos testigos, el pacto en previsión de ruptura por el que acordaban que la esposa renunciaba de manera irrevocable a todo derecho que le pudiera corresponder de cualquier propiedad mueble o inmueble en el momento de la ruptura, cabe especificar que por aquel entonces el marido no disponía de múltiples propiedades. Sin embargo, cuando el matrimonio se rompió, el marido había cosechado múltiples propiedades, a las que en virtud de la sentencia la esposa no tenía derecho alguno. Mediante esa renuncia, el marido también se negaba a pagarle la pensión alguna.

3.1.1.1 LA FORMA ESCRITA

Respecto a los requisitos de forma, con la reforma de la ley, se mantiene la posibilidad de que los pactos se incluyan en las capitulaciones matrimoniales según el artículo 231-19 del CCCat. Se admite también la validez de estos fuera de las capitulaciones, siempre que se hagan a través de una de escritura pública. Para las parejas de hecho este requisito resulta indispensable, ya que la pareja nunca suscribirá capitulaciones ya que no tiene previsto el matrimonio.

Respecto a la eficacia del acuerdo, para las capitulaciones matrimoniales es requisito *ad solemnitatem* que se hagan bajo la forma pública, para dar así publicidad a las mismas a través del Registro Civil. En cambio, para los pactos en previsión de ruptura, Martínez Escribano plantea la interesante tesis de si el incumplimiento de la forma pública se traduce en la eficacia *inter partes* pese a que carezca de eficacia frente a terceros o incluso nulidad. Y es que no hay problema si llegada la hora de ejecutar el pacto, ambas voluntades siguen convergiendo en la idea de mantenerlo, pero no pasa lo mismo cuando una de ellas ya no quiere mantener lo acordado y es que si no se ha tramitado mediante la forma pública, ¿qué garantías nos quedarían para confiar en la correcta formación del pacto?

En mi opinión, creo que por la falta de tradición de esta figura, sería conveniente que estos acuerdos se comenzarán haciendo con la intervención de un fedatario público, para que de ese modo pudieran quedar garantizados en un plano de igualdad los derechos de ambos cónyuges. Este documento se podría asemejar a un otorgamiento de testamento, es decir que

fuera asequible para cualquier pareja que deseara hacerlo, y de ese modo se conseguiría no solo evitar situaciones injustas para una parte, pero también normalizar su figura. En la actualidad hay países que permiten que se haga en documento privado como por ejemplo Reino Unido, Irlanda, Austria y Singapur. Pero los países que han incorporado esta figura recientemente siguen exigiendo la forma pública, como es el caso de Alemania, Bélgica, Francia u Holanda.

2.1.1.2 DISTANCIA TEMPORAL

Otro requisito de forma, también tomado de la regulación americana, es el tiempo mínimo necesario que tiene que transcurrir entre la firma del documento y el enlace. Queda recogido en la misma ley, en el artículo 231-20.1 CCCat, y es que es necesario un lapso de tiempo superior a 30 días. A partir del otorgamiento de la escritura, los futuros conyugues deben contraer matrimonio en un año como máximo. Evidentemente esto no es de aplicación para los pactos celebrados tras el matrimonio, ni para las parejas de hecho. Este intervalo vela por la libre formación de la voluntad de las partes. Y de ese modo queda probado que el legislador catalán quiere evitar que se firmen documentos sin la conveniente voluntad, pues no sería la primera vez que un contrayente firma presionado⁵⁴ o falta de la conveniente libertad.

3.1.1.3 INTERVENCION DEL NOTARIO Y ASESORAMIENTO LEGAL INDEPENDIENTE

Ligado de cierta manera con el primer requisito es la necesidad de la intervención de un notario tal y como dispone el artículo 231-20.2 del CCCat. Este debe encargarse de informar a las partes, necesariamente de manera separada sobre el alcance de las pretensiones que van a ser incluidas. Conectado a este precepto, el 231-20.4 CCCat recoge la necesidad de que, en el momento de hacer valer el pacto, la parte ejecutante acredite que en la firma, la otra parte tenía conocimiento suficiente de su patrimonio, ingresos así como expectativas económicas. Ambos requisitos también son inspirados en el derecho americano, pese a que ahí no exista como tal la figura del notario, las partes tienen que ser asesoradas de manera separada por un experto en la materia, que en su caso es un abogado.⁵⁵ Tal vez, sería muy conveniente

⁵⁴ En el caso americano "In re Marriage of Dawley", el hombre se negaba a casarse si la mujer no firmaba, y además ella estaba embarazada, lo que la presionó para firmar algo que no quería.

⁵⁵ Tal y como vimos, en Estados Unidos es requisito esencial que ambas partes reciban asesoramiento por un abogado de manera separada. Y de acuerdo con la sección 6º del UPAA, se requiere que ambos esposos hagan conocer a la otra parte su situación financiera.

reunirse con un abogado, previa visita al notario, pues este último solo informa, pero no negocia ni defiende los intereses de ninguno de ellos, eso es tarea del abogado.

3.1.2 El contenido de los pactos

Podemos decir sin lugar a dudas que en lo que respecta a la forma, el legislador catalán se ha inspirado copiosamente en el ordenamiento americano. En lo que respecta al contenido, del mismo modo que el americano, la regulación catalana no establece una lista *numerus clausus*. No obstante, la normativa catalana si hace referencia a tres materias: la prestación compensatoria, la compensación económica por razón de trabajo y la atribución de la vivienda familiar. Un matiz importante aquí es que la primera de las materias no se establece para las parejas de hecho, aunque si se establece una prestación alimentaria.

Es de especial relevancia, la importancia que le da el legislador catalán a procurar que haya una total equiparación de derechos entre las partes, y lo hace a través de los pactos de exclusión o limitación de los derechos. Queda recogido en el artículo 231-20.3 CCCat que estos pactos deben ser recíprocos y muy claros a la hora de establecer los derechos que limitan o a aquellos a los que se renuncia. Es decir que se puede establecer cualquier pacto siempre y cuando no contravenga los límites legales y sea de idéntica aplicación para ambos cónyuges, es decir que ambos tengan su ejercicio limitado, o renuncien al mismo. Es evidente que en algunas materias no es posible esa idéntica aplicación, como por ejemplo a la hora de adjudicar la vivienda familiar, pero la esencia y el objetivo de esto es tratar de llegar a la igualdad de sexos a través a de la igualdad conyugal. Esta línea me parece muy acertada ya que la tendencia general es la de una sobre protección a la mujer, que lo único que hace que acentuar las diferencias entre géneros, pero en cambio cuando se igualan los derechos de ambos es como verdaderamente se llega a la igualdad de género que debería ser la meta, en vez de este reciente mal entendido feminismo.

3.1.2.1 PACTOS RELATIVOS A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE TRABAJO

Vamos a proceder ahora a analizar las materias de las que habla el derecho catalán. En primer lugar, hace referencia a los pactos relativos a la compensación económica por razón de trabajo en el art 232-7 CCCat, en el que establece la posibilidad de pactar un incremento, reducción o exclusión de los mismos. Esta primera materia es de aplicación tanto para los matrimonios como para las parejas de hecho por remisión. Lo más habitual en estos pactos es su exclusión, sin embargo las parejas también han venido cuantificando las cantidades, no

cuantiosamente sino mediante la fijación de las bases para su posterior cálculo. Resultaría algo descabellado dejar fijado un importe exacto, no solo por su difícil estimación sino por el desconocimiento de las condiciones futuras.

3.1.2.2 PACTOS RELATIVOS A LA PRESTACIÓN ALIMENTARIA

Pese a que no recoge específicamente el caso de los pactos, el legislador catalán trata el asunto en el art. 234-6 del Código Civil Catalán, permitiendo su renuncia, salvo que en el momento de la ruptura la parte que lo tuviera que haber recibido no pueda satisfacer sus necesidades básicas. En caso de renuncia tiene que ser convalidada por el juez para que de ese modo sea incluido en la propuesta de convenio.⁵⁶

3.1.2.3 PACTOS RELATIVOS A LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA

Se dispone en el artículo 233-21.3 CCCat que los cónyuges tienen libertad para pactar lo que deseen sobre la atribución de la vivienda, así como sobre las modalidades de uso, siempre que no perjudiquen los intereses de los hijos, ni las necesidades básicas del otro cónyuge si no ha sido este incorporado a un convenio regulador. En virtud del artículo 243-8.4 CCCat, se aplica por remisión también a las parejas de hecho. Interesante lo que estipula el art. 233-20.7 CCCat, y es que, si se atribuye la vivienda a quien no es propietario íntegramente o parcialmente, debe computarse en especie la parte para fijar la pensión de alimentos, así como la compensatoria. Se vela por tanto por una valoración conjunta, que a mi parecer es muy justa. Es de especial relevancia aquí la STSJ mencionada en la introducción, y es que aquí la esposa renunció a cualquier derecho sobre la vivienda familiar.

3.1.3 Eficacia de los pactos en previsión de ruptura

La inobservancia de los requisitos de forma trae aparejada una nulidad radical. El más habitual es la falta de forma pública para los casos exigidos. Fuera de estos requisitos, el pacto sería nulo si en el momento de la ejecución del pacto, las circunstancias son totalmente distintas a aquellas en las que se firmó, tal y como establece el artículo 231-20.5 CCCat, que aunque solo se refiere a los matrimonios, es de aplicación igualmente para las parejas de hecho. Esto es claramente una manifestación de la doctrina *rebus sic stantibus*.

Y el supuesto de anulabilidad se daría para los casos en los que hay una falta de capacidad de obrar o algún vicio del consentimiento

⁵⁶ BALCELLS ROCA, M., "Pensió d'aliments per al cónyuge y pensión compensatoria", *RJC*, Nº1 2004, pp 149 y ss

A modo de conclusión podemos decir que para la regulación de los denominados “pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, hay una clarísima influencia del derecho americano de los *prenuptial agreements* en varios puntos:

- Condicionamiento para la validez del acuerdo
- Tiempo de antelación que ha de transcurrir entre la firma del acuerdo y la celebración del matrimonio
- Renuncia de derechos por parte de los cónyuges
- Necesidad de asesoramiento por separado de ambos cónyuges mediante un notario.

3.2 Los acuerdos matrimoniales en el derecho común

Hasta la entrada en vigor de la ley 14/1975 de 2 de mayo⁵⁷, los cónyuges no disponían de la posibilidad de realizar pactos entre ellos. Fue esa misma ley la que hizo que la mujer tuviera capacidad jurídica, por lo que está ya no necesitaba la representación de su marido en el tráfico económico. Pero en lo que nos atañe aquí, fue precisamente esta ley la que le dio a los cónyuges la posibilidad de elaborar capitulaciones matrimoniales, cuando el matrimonio se hubiere celebrado, aunque no fue hasta la aprobación de la Ley 30/1981⁵⁸ que de verdad tienen sentido pactos como estos, pues es en ese momento cuando queda admitida en España la posibilidad de divorciarse.

Tal y como se ha dicho anteriormente, el derecho común español, no dispone de una regulación específica para estos acuerdos, a diferencia de las regulaciones que venimos de analizar. La ausencia de norma, no solo tiene efectos nacionales, sino también afecta al derecho internacional privado, puesto que no podemos encontrar una norma de conflicto que determine la ley aplicable a este tipo de acuerdos en el caso de que se dieran matrimonios mixtos⁵⁹.

⁵⁷ Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. BOE» núm. 107, de 5 de mayo de 1975

⁵⁸ Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE de 20 de Julio de 1981

⁵⁹ CALVO CARAVACA A.L. & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo” Anales de Derecho, Vol. 23, 2005

3.2.1 Acuerdos prematrimoniales y capitulaciones matrimoniales

Si ahora consultamos cualquier manual clásico de derecho civil, no encontraríamos los pactos en previsión de ruptura matrimonial como una posibilidad dentro de las capitulaciones matrimoniales⁶⁰. Por lo que hay una parte de la doctrina que opina que de ningún modo estos pactos pueden ir más allá de los contenidos económicos que han venido regulando. Otro sector doctrinal, mayoritario⁶¹, mantiene que si se interpreta de manera amplia el pasaje "...cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo" del artículo 1325 CC y atendemos a la realidad social actual, se puede dar cabida a cualquier estipulación sobre las futuras relaciones de patrimoniales, personales de los cónyuges e incluso de los hijos, por lo que de este modo los pactos tendrán plena validez.

Esta segunda corriente, además de ser en mi opinión más realista por los tiempos que corren, viene reforzada por los ordenamientos jurídicos forales que hemos analizado con anterioridad, especialmente el catalán.

3.2.2 Eficacia

La legalidad de los pactos prematrimoniales se puede abordar desde dos perspectivas diferentes, tal y como plantea ANTÓN JUÁREZ I.⁶² Por un lado, puede ser fuente de su validez la consideración de los mismos como contratos o una segunda posibilidad es que sean considerados como capitulaciones matrimoniales.

En el caso de considerarlos contratos, sería necesario apoyarse en las reglas de la autonomía de la voluntad y de la libertad de pacto del artículo 1255 CC. En consonancia con este artículo, del artículo 1323 CC se desprende la posibilidad de los cónyuges de transmitirse bienes y derechos por cualquier título y celebrar entre ellos cualquier tipo de contrato. Los límites de estos pactos se perfilan desde la validez de los requisitos de los contratos del artículo 1261 CC, que son consentimiento, objeto y causa. Según la STS 1ª de 3 de febrero de 2006⁶³, son estos los requisitos verdaderamente importantes en los negocios jurídicos entre

⁶⁰ PINTO ANDRADE, C. "La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura", 2012, a L. CABEZUELO ARENAS, "¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?", págs. 2376 y 2377, M. AMORÓS GUARDIOLA en su comentario del artículo 1325 del Código civil en Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. II, edit. Tecnos, Madrid 1984, pág. 1522.

⁶¹ GONZALEZ DEL POZO, J.P. "Acuerdos y contratos prematrimoniales" *Boletín de Derecho de familia*, nº81, 2008, p11. También DIEZ PICAZO L, y ZARRALUQUI SANCHEZ- EZNARRIAGA han manifestado su conformidad con esta doctrina en múltiples artículos.

⁶². "Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado", *Op. Cit* pp. 5-45

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo 1ª de 3 de febrero de 2006, RJ 61/2006

los cónyuges, así como los límites del derecho que son la ley, la moral y el orden público según se recoge en el artículo 1255 CC.

Además de esta libertad de pacto, los cónyuges tienen la posibilidad de pactar cualquier disposición por razón de matrimonio de acuerdo con el artículo 1325 CC, y estas tienen plena fuerza vinculante entre los cónyuges tal y como se recoge en el artículo 1091 CC, siempre que concurren los requisitos ya mencionados del artículo 1261 CC, y se cumplan los requisitos de forma *ad substantiam*.

Entonces siguiendo esta concepción, podemos decir que los acuerdos matrimoniales son un negocio jurídico de derecho de familia, que disfrutan de plena eficacia jurídica, del mismo modo que los convenios reguladores.

En oposición a esta primera teoría, la consideración de capitulaciones matrimoniales tienen más dificultades de admisión. La primera de ellas es que hay una gran variedad de contenido para estos pactos, y se debería acotar primero que materias entran dentro de las capitulaciones, es decir si solo se trata de asuntos económicos o también existiría la posibilidad de añadir cuestiones personales. Este es el principal motivo por el que no hay realmente una simetría con el derecho americano. Gran parte de la doctrina aprovecha la última frase del artículo 1325 CC que dice "*cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*" e interpretan que ese cierre da cabida a cualquier materia relacionada con el matrimonio. Eso daría pie a que pudiera incluirse cualquier materia relacionada con el matrimonio como las donaciones de bienes futuros en caso de muerte del artículo 1341.2 CC, pactos sucesorios de mejora artículo 826 CC.

El artículo 1326 regula de manera expresa la posibilidad de que las capitulaciones puedan ser otorgadas antes o después del casamiento. Respecto a los límites, aquí podemos encontrar más limitaciones que para la consideración anterior, que podemos dividir en tres categorías: temporales, formales y de contenido. Para la temporalidad, se establece en el artículo 1334 CC, el plazo de un año, y en el caso de que éste transcurre, quedarán sin efecto las previsiones recogidas. En materia formal, las capitulaciones deben figurar en escritura pública, de acuerdo con el artículo 1327 CC y por último en el plano de contenido, se establece casi lo mismo que antes, todo lo que se establezca en las capitulaciones no puede ser contrario a las leyes, las buenas costumbres o que limiten la igualdad de los cónyuges según el artículo 1328. Respecto de la temporalidad, hay una diferencia importante con el derecho catalán, y es que, en la regulación común, no hay un plazo mínimo entre la firma y el casamiento, como si lo hay en Cataluña. Varias sentencias lo corroboran, como 11 días, en la

SAP Granada, de 14.5.2001⁶⁴, 10 días, en la SAP Girona, de 3.1.2004⁶⁵ o incluso 4 días, en la SAP Madrid, de 27.2.2007⁶⁶. Cualquiera de estas sentencias sería nulas hoy en Cataluña.

Díez Picazo y González de Pozo encabezan la doctrina que afirma los acuerdos matrimoniales tienen la capacidad de amparar prácticamente cualquier cuestión de contenido patrimonial tenga o no que ver con el régimen económico.⁶⁷ Son estos juristas los que opinan que del mismo modo que en un principio las capitulaciones matrimoniales abarcaban un contenido muy limitado, con el paso del tiempo se han ido ampliando, y ese es el mismo patrón que van a seguir los pactos, que en un futuro no muy lejano tendrán la capacidad de abarcar materias personales así como personales. Para aumentar la credibilidad de esta afirmación, solo hace falta observar otros países...

Después del análisis de los efectos patrimoniales derivados del matrimonio, queda tratar los de naturaleza personal. En sus artículos 67, 68 y 69 del Código Civil los menciona, sin embargo a día de hoy solo tienen consideración de simples obligaciones morales.⁶⁸ Esto significa que para obligar a su cumplimiento no tiene mucho sentido reclamar por la vía judicial.⁶⁹ Por lo que, al no haber responsabilidad civil o penal por su incumplimiento, la única vinculación que quedaría sería la voluntad de cumplimiento de las partes, es decir quedaría entre los cónyuges.

Tras esta introducción, las conclusiones que podemos sacar, es que a diferencia de lo que pasaba con los "pactos en previsión de ruptura" del derecho catalán, los "prenups" americanos son más afines a figuras como el convenio regulador del artículo 90 CC o los pactos privados de separación o divorcio ya que tienen esa naturaleza preventiva con vistas a una ruptura. Sin embargo, estas figuras no coinciden con los acuerdos pues los primeros se redactan cuando el matrimonio ya está roto. Aun así, el acuerdo puede servir como convenio regulador siempre que esté judicialmente homologado por el juez cuando se presente al proceso de separación.

⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001\1599)

⁶⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 3 de enero de 2004 (JUR 2004\118887)

⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007\151411)

⁶⁷ "Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado"; *Op. Cit* pp. 36

⁶⁸ Varios juristas catalanes se han preguntado ya si podrían ser indemnizables las obligaciones morales, como colapsos que sufrirían los Tribunales, y por último con el problema de la disponibilidad de esos derechos.

⁶⁹ MARTINEZ VAZQUEZ- CASTRO, L "Pactos prematrimoniales. cláusulas penales y daños morales en: L. DÍEZ PICAZO "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, *Aranzadi- Thomson Reuters*, 2014, pp. 1863-1874

3.2.3 Límites

Antes de abordar los múltiples límites, es interesante la reflexión que hace CARRASCO⁷⁰ sobre los límites de la autonomía de la libertad en materia matrimonial que son 1. Que los acuerdos no produzcan de manera directa o indirecta ninguna perjuicio en los hijos, 2. que no se contentan estipulaciones con derechos discriminatorios y 3. que el acuerdo no sea perjudicial para uno de los cónyuges. En mi opinión podríamos agrupar en dos límites, ya que los dos últimos son prácticamente lo mismo, ya que cualquier discriminación lleva aparejada un perjuicio.

El legislador pone una serie de límites a los acuerdos, que pueden ser agrupados en cinco categorías distintas⁷¹.

1. Límites a la autonomía de la libertad, del ya visto artículo 1255 CC, que son ley, la moral y el orden público.⁷²
2. Límites derivados del artículo 32.1 de la Constitución, que velan por la igualdad de los cónyuges en el matrimonio así como por la protección integral de los hijos independientemente de su filiación
3. Límites derivados del matrimonio en sí, y aquí se integran los deberes entre cónyuges o las causas de separación...
4. Límites del artículo 90CC: daño o perjuicio grave para uno de los cónyuges o para los hijos. Y se pone aquí de relieve la importancia del artículo 1328, que convierte nula toda estipulación que sea contraria a las leyes, las buenas costumbres o limite la igualdad de derechos de los cónyuges.
5. Límites que derivan de las normas imperativas, excluidas de la libre disposición de los cónyuges como por ejemplo la irrenunciabilidad de las funciones de la custodia de los hijos así como de la patria potestad.

Lo que suponen realmente estos límites es la afirmación de lo que la doctrina ha bautizado como "constitucionalización" del derecho de familia, que no es más que implementar los derechos fundamentales en este campo. Y es que son estos los que

⁷⁰ *Derecho de familia. Casos. Reglas. Argumentos*, edit. Dilex, 2006, pp 52

⁷¹ MORENO, V. "La validez de los acuerdos prematrimoniales" *Diario la Ley*; N°7049, Sección Tribuna, 2008

⁷² ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L opina que afectado por el orden público sería todo pacto que tuviera como fin limitar el derecho a obtener el divorcio o la separación. También incluye todos aquellos pactos que limitarán la posibilidad de casarse de nuevo, o con personas del mismo sexo o de residir en una determinada localidad por considerar que estos afectan a los derechos fundamentales de la persona.

limitan las regulaciones de familiares, así como los que determinan los límites de la autonomía de la voluntad de los componentes de la unidad familiar.⁷³

Es de vital importancia recordar aquí las dos cuestiones del derecho de familia que son indisponibles. De acuerdo con la STC del 15 de enero de 2001⁷⁴, de ningún modo es negociable ningún aspecto relacionado con el estado civil matrimonial ni con la configuración legal del mismo ni es posible realizar pactos que perjudiquen a los hijos. Este último se conoce como el principio "favor filii" y es el límite más importante respecto a la validez y eficacia de estos acuerdos. Además de este principio, es fundamental la labor que lleva a cabo el Ministerio Fiscal.

3.2.4 Contenido

Otra diferencia notable con el sistema americano es el problema relativo a la admisibilidad de los acuerdos prematrimoniales. En Estados Unidos el gran problema estriba en la admisibilidad de los acuerdos, mientras que en España el problema no es con la admisibilidad sino con el contenido. Tal y como se desprende hasta ahora, las funciones más destacadas de los acuerdos son el establecimiento de un régimen económico matrimonial, así como la determinación de los efectos patrimoniales y personales de una separación o divorcio. Actualmente en España, contamos con tres regímenes económicos matrimoniales, no obstante, la libertad de pacto permite que los cónyuges acuerden cualquier régimen que deseen, incluso inspirarse en legislaciones internacionales. Y este debe quedar necesariamente formalizado en escritura pública.

3.2.4.1 PACTOS RELATIVOS A LA VIDA FUTURA DE LOS CÓNYUGES

A continuación vamos a analizar los pactos que podrían considerarse más habituales entre los cónyuges. En primer lugar vamos a tratar los pactos relativos a la vida futura de los cónyuges. Queda claro que no está permitido establecer pactos con la intención de limitar la libertad futura de los cónyuges, una vez ocurrido el divorcio o la separación. Por lo que no sería posible pactar la prohibición de contraer matrimonio con otra persona, o establecer su residencia en un determinado lugar, puesto que estas estipulaciones claramente atentarían contra el orden público, luego serán nulas. En cambio, lo que sí que permite el ordenamiento es la posibilidad de pactar alguna consecuencia de las anteriores acciones, es decir, si tendría legitimación prohibir el ejercicio de un determinado derecho a un cónyuge en el caso de que

⁷³ "La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura"; "Op. cit."

⁷⁴ Sentencia 4/2001, de 15 de enero de 2001. Recurso de amparo 3966/97

se volviera a casar. Por ejemplo, si contrae matrimonio, no poder disfrutar de la casa de playa. Los límites a estos pactos son los habituales del artículo 1255 CC.

A diferencia del derecho catalán, en materia sucesoria no se puede pactar nada, salvo lo relativo a la división caudal, tal y como establece el art. 1271 CC. Se entiende que aquello que está permitido en capitulaciones también lo está en estos acuerdos, como las donaciones de bienes futuros o las promesas de mejora.

3.2.4.2 PACTOS RELATIVOS A LOS HIJOS

Anteriormente tratados pero de manera superficial, los pactos relativos a los hijos. La regla de oro aquí es que todo acuerdo de los cónyuges respecto de los hijos menores no es vinculante para un tribunal, lo que no quita que lo pueda tener en cuenta, excepto que el juez lo apruebe y sea incluido en la propuesta del convenio regulador. Tal y como hemos repetido todo pacto que se afecte a los menores debe ser siempre en su beneficio, y será nulo todo aquello que les perjudique. Esto queda conectado con el ya mencionado principio "*pater filii*" en el que prima siempre el interés del menor tanto para el legislador como para el juzgador. Una vez establecido el marco, debemos plantearnos hasta dónde pueden pactar los padres, en relación con sus hijos menores o incapacitados. En el caso de los padres separados, el artículo 159 CC, establece que : "*Si los padres viven separados y no decidieron de común acuerdo, el Juez decidirá...*". De aquí podemos deducir que es legítimo pactar la custodia de los hijos así como el régimen de visitas. Para valorar la eficacia de aquellos convenios en los que no se consigue la homologación del juez, la jurisprudencia afirma que para esos casos, no puede ser incluida en el proceso ni producir efectos procesales pero sigue manteniendo su validez como negocio jurídico. Hay que destacar la Resolución de la DGRN 1 de septiembre de 1998 que requiere la homologación del juez para la validez de todo acuerdo que afecte a los hijos u otros sustraídos expresamente a la autonomía de la voluntad. ⁷⁵

3.2.4.3 PACTOS RELATIVOS AL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Otro ejemplo son los pactos relativos al uso de la vivienda familiar. Si de por sí es un tema espinoso y complicado, este se intensifica con los hijos. Según el artículo 96 CC, cuando los hijos son menores, la custodia es el criterio determinante para que el juez atribuya el uso de la vivienda, no solo hasta la mayoría de edad, si no hasta que son aptos para independizarse económicamente. Lo que no queda resuelto y es todavía más complejo es el caso de que los hijos queden distribuidos entre los padres, y es que el mismo artículo dice literalmente: "se

⁷⁵ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L "Acuerdos prematrimoniales hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal" *Economis & Jurist.* Vol. 16, N°. 118, 2008, pp. 18-3

resolverá" lo procedente, luego no hay solución alguna. Entonces, tal y como establece el artículo: "*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez*"; se desprende que solo se puede pactar el uso de la vivienda familiar en aquellos casos en los que no haya hijos. Supuesto distinto es que no se trate de la vivienda familiar, en la que se puede pactar libremente, por ejemplo la fijación de un nuevo domicilio. Otro supuesto que se da con mucha frecuencia, y que debe ser objeto de estudio en este epígrafe, es el caso de que la vivienda familiar sea ocupada por una nueva pareja, que además puede venir acompañada. Para este caso, la ley no se pronunciado, lo único que queda regulado es la pérdida de la pensión compensatoria cuando se contrae un nuevo matrimonio, pero nada se dice de qué ocurre con la vivienda familiar. La solución más lógica en mi opinión sería establecer que se pudiera pactar el cese del uso de la vivienda siempre que los hijos no quedaran desamparados. Y es que en este sentido es fácil imaginar la parte que ha tenido que irse de la casa, y tiene que soportar que su ex pareja viva con su nueva pareja y sus hijos si los tienes, en una casa que ha tenido que abandonar obligado. No solo por la inversión que hizo, si no por la incomodidad moral que ello supone.

3.2.5 Forma

Para formalizar los acuerdos matrimoniales, nos remitimos al artículo 1278 CC que vela por la libertad de forma, y esto nos lleva a entender que se da la misma validez a los acuerdos recogidos en documentos privados como en públicos, aunque hay una serie de acuerdos que necesariamente, por exigencia legal y bajo sanción de invalidez, deben ser redactados en documento público.

En primer lugar, si se pone en relación el artículo 1325 CC con el 1327 CC, deben redactarse en documento público aquellos acuerdos que tienen por objeto la fijación modificación o sustitución del régimen económico matrimonial. Corren la misma suerte, conectando el artículo 1341.1 CC con el artículo 633 CC, todos los acuerdos de donaciones propter nuptias de bienes inmuebles presentes o las donaciones de bienes muebles o inmuebles, futuros sólo para el caso de muerte que se desprende del artículo 1341.2 CC de nuevo en relación con 1327 CC y 633 CC y por último las promesas de mejorar o de no hacerlo, derivado de la redacción de artículo 1327 CC al artículo 826 CC. Cuando no se somete a intervención

pública, estamos ante un negocio jurídico bilateral, reconocido por ambas partes, y no hay impedimento ni para su validez, ni tampoco para su eficacia como negocio jurídico.⁷⁶

Tal y como decimos, son igualmente legítimos⁷⁷ los acuerdos matrimoniales privados que no tengan la intervención pública, pero la intervención pública dota al documento con unas garantías adicionales en cuanto a estructura y forma. Y más importante todavía controla la libre prestación de consentimiento gracias a las advertencias y consejos. En un proceso siempre será mayor la fuerza probatoria de un documento público.

Pese a que estas cuenten con los requisitos de validez, la Dirección General de Registros y Notariado se muestra reacia a admitirlos, tal y como lo hace saber en las resoluciones núm. 4/2003, de 19 junio, y número 3874/2007, de 9 noviembre, salvo que sean materias relativas al régimen económico matrimonial.⁷⁸

3.2.6 Validez

Tras haber analizado los límites y el contenido, es necesario analizar los motivos que excluyen la validez de los mismos. De igual manera que en Estados Unidos, la protección otorgada es de la misma naturaleza que la que se brinda a los contratos. Atendemos al artículo 1265 "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo". Además del artículo, la jurisprudencia se ha mostrado muy inflexible a la hora de conceder la nulidad de pactos en los que las partes alegan algún vicio del consentimiento. Se ha mostrado inclemente a la hora de exigir motivos de cierta gravedad y una relación indudable con el acuerdo.

Respecto al primer motivo, el error, jurisprudencia se ha caracterizado por ser implacable como la SAP de Madrid de 17 de noviembre de 2004⁷⁹, en la que alude a la importancia de una declaración de voluntad ajustada a lo deseado, sin influencia de terceros para la eficacia de los acuerdos.

Para probar la violencia es necesario acudir al artículo 1267 CC, que exige que sea anterior o coetánea, grave y requiere fuerza física. Respecto de la intimidación, debe tratarse de una amenaza de tal magnitud que obligue a cambiar radicalmente el parecer del otro. La violencia por tanto arranca el consentimiento, mientras que la amenaza da la vuelta a la voluntad. En

⁷⁶ Así se ha admitido la validez del documento privado, siempre que reúna las condiciones del contrato y no sea contrario a las normas imperativas, en las sentencias de 22 de abril de 1997, 21 de diciembre de 1998 y 15 de febrero de 2002, entre otras

⁷⁷ REBOLLEDO VARELA, A.L. "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial", *Op. Cit* pp. 741-742

⁷⁸ Incluso aunque el artículo 231-19 del Código Civil de Cataluña no les de validez.

⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 10ª de 17 de noviembre de 2004 (J 2003/220633).

ambos casos debe darse necesariamente una relación de causa efecto, tal y como se desprende de la SAP Granada 3ª 5 de mayo de 2005 y de SAP Tarragona 1ª 7 de septiembre de 2005⁸⁰.

Y, por último, de acuerdo con la SAP Las Palmas 5ª 29 de enero de 2004⁸¹, para que se confirme el dolo, es necesario que exista una conducta grave y malintencionada con vistas a viciar la libertad y conocimiento de la voluntad negocial de la otra parte. Podríamos hablar aquí de dos tipos de dolo, uno negativo por ejemplo si se ocultan bienes a la otra parte, y uno por omisión cuando se oculta toda la información a la otra parte para que renuncie a la pensión compensatoria por ejemplo.

Para evitar esta serie de vicios de la voluntad es fundamental la labor del notario, o de alguien que asesore a las partes tanto sus respectivas situaciones económicas como en los términos exactos del contrato.

3.3 Especial importancia de la pensión compensatoria

Una de las materias más recurrentes pero también discutidas dentro de los pactos matrimoniales, es la posibilidad de la renuncia de la pensión compensatoria. Es de inspiración americana.

Recogida en el artículo 97 del CC, en su redacción del año 1981 rezaba: *"El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial"*. La ley 15/2005⁸², reformó dicho artículo que quedó de la siguiente forma: *"El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la Sentencia"*.

Al margen del derecho común, Cataluña es la única Comunidad Autónoma con regulación de dicha pensión, concretamente en el libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia aprobado por la Ley 2/2010, de 29 de julio⁸³, en su artículo 213-14 dice:

⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 1ª 7 de septiembre de (EDJ 200595/2018)

⁸¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 5ª 29 de enero de 2004 (EDJ 2004/31366)

⁸² Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE núm. 163 de 09 de Julio de 2005)

⁸³ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21/08/2010).

"El cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tiene derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe, en las mismas circunstancias".

De manera general podemos definir la pensión compensatoria como aquella cantidad otorgada por un cónyuge, de manera periódica para satisfacer al otro, tras el divorcio o separación, con la finalidad de compensar el desequilibrio padecido por el cónyuge receptor, como consecuencia directa del empeoramiento de su situación a razón del divorcio o la separación.

Pese a que el antecedente de la pensión compensatoria sea la de alimentos, se dan numerosas diferencias entre ambas figuras.

1. En el plano objetivo, la compensatoria tiene como finalidad la compensación de un desequilibrio, mientras que la segunda se hace para cubrir necesidades.
2. La pensión de alimentos es un derecho no disponible en virtud del artículo 151 CC, mientras que la compensatoria está subordinada al principio dispositivo.
3. La pensión compensatoria nace con sentencia de separación o divorcio mientras que los alimentos afloran desde el inicio de la situación de necesidad.
4. La del artículo 97 CC goza de sucesión mortis causa, pero la alimenticia concluye con la muerte del pagador.
5. Los alimentos no se extinguen a razón de una nueva unión matrimonial o convivencia con otra persona del beneficiario pero si lo hace la pensión compensatoria.
6. Los criterios de cuantificación de ambas pensiones son también diferentes. La compensatoria sólo tiene en cuenta el art. 97 mientras que la de alimentos tiene en cuenta las necesidades del alimentado y los medios del alimentista.
7. Los plazos de prescripción de las acciones para reclamarlos, la de alimentos ni prescribe mientras que la compensatoria ha de ser reclamada con la demanda.

Pasando a analizar ahora la regulación catalana, son de aplicación únicamente para las parejas que se han unido mediante matrimonio. Están regulados en el artículo 233-16 CCCat:

“ 1. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria, de acuerdo con el artículo 231-20

2. Los pactos de renuncia no incorporados a una propuesta de convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor”.

El hecho de que el artículo dé la posibilidad de pactar la modalidad de los pactos, nos indica que estos pactos no tienen únicamente un contenido pecuniario. Y no solo eso, puede acordarse una cantidad o también una pensión. En el caso de que fuera esta la forma elegida, no suelen establecerse por un tiempo indefinido, pese a que la ley lo permite siempre que se den circunstancias excepcionales que pudieran dar lugar a su justificación tal y como reza el art 233-17 CCCat.

Antes de la entrada en vigor de este código en 2010, esta posibilidad no estaba contemplada, pero como ha pasado en el derecho común, tanto la jurisprudencia como la doctrina se han pronunciado sobre la cuestión y han llevado a su admisión. Ahora está regulada en el segundo apartado del citado artículo, y se pone como único límite que esta no impida al cónyuge atender a sus necesidades básicas. Se trata de otra inspiración del derecho americano, que lo recoge en la sección 6.b del UPAA, y constituye una causa de ineficacia del contrato. Y es que en Estados Unidos es todavía más importante, puesto que no disponen de todas las prestaciones estatales que disponemos en España. Una segunda limitación a la exclusión de la pensión compensatoria es la necesidad de que sea homologado judicialmente. Este debe hacer una valoración de cómo quedará la parte beneficiaria tras la renuncia para evitar por encima de todo la precariedad del cónyuge acreedor.

La pensión compensatoria constituye una materia de libre disposición para los cónyuges, tal y como apunta la STS de 2 de diciembre de 1987⁸⁴, por lo que si estuvieran delimitados sus importes, su renuncia o la inexistencia del derechos a percibir y queda homologado por un juez, es perfectamente válido. Sin embargo, hay una postura que niega la posibilidad a renunciar a ella, como se recoge en la SAP Asturias de 12 de diciembre de 2000⁸⁵, que fundamenta su invalidez en que se trata de un derecho futuro, eventual, aleatorio e incierto,

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 2 diciembre 1987 (J1987/8926)

⁸⁵ Audiencia Provincial de Asturias de 12 de diciembre de 2000, Sección 5. (S690/2000) Resuelve así ya que el juez se basa en una sentencia del Tribunal Supremo de 18 d noviembre de 1957, alegando que solo es posible renunciar a lo que existe.

sujeto a la condición de que se produzca una situación de desequilibrio, con un deterioro en uno de ellos respecto de la situación que había mantenido durante matrimonio.

Otro argumento en contra de la validez de la renunciar es la imposibilidad de renunciar a derechos que no han nacido todavía, y es que la pensión en teoría solo existe desde el momento en el que ha sido declarada por decisión judicial. Esta doctrina está poco apoyada en la actualidad, ya que se encuentran más argumentos a favor de la disponibilidad del derecho de la pensión compensatoria, como los que expone la SAP 12 Barcelona de 17 de marzo de 2000⁸⁶, que defiende su aplicación a lo dispuesto en el artículo 1254 CC, pese a no haberse ratificado, pues como dice el artículo 97 CC son de aplicación prioritaria los acuerdos de los cónyuges en aquello que se refiere a la pensión compensatoria.

Entonces se puede afirmar que su renuncia es válida siempre que en el momento de la ruptura no se produzca un cambio trascendental de las circunstancias bajo las que se firmó dicho acuerdo. Esta postura viene secundada por la SAP de Granada de 14 de mayo de 2000⁸⁷, en la que un matrimonio suscribe capitulaciones matrimoniales en las que establece separación de bienes como régimen económico, y ambos renuncian a la pensión compensatoria. En el momento del compromiso, ambos cónyuges trabajaban, pero inmediatamente después del enlace, la mujer deja de trabajar para seguir al marido y dedicarse al cuidado del hogar. Cuando la esposa presenta demanda de separación, pide la pensión, acogiéndose a que la situación distaba mucho de la del momento de la firma de las capitulaciones.

Del mismo modo que en cualquier otro contrato, es de aplicación la teoría de la base del negocio, de origen alemán, o más conocida como principio "*rebus sic stantibus*". Este principio trata aquellas situaciones en las que se da una "*alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de la celebración, una proporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones y que todo ello acontezca por la supervivencia de circunstancias imprevisibles*" tal y como se desprende de la SAP 3 Granada de 14 de mayo de 2001⁸⁸. Por lo que en el caso planteado, el hecho de que la esposa hubiere dejado de trabajar es causa suficiente para entender que las bases para la suscripción del acuerdo que hicieron ya no existen.

⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 marzo 2011 (J2011/89076)

⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de mayo de 2000 Secc. 3. (S 377/2001)

⁸⁸ Recurso de Apelación núm 79/2000. (AC 2001/1599)

Además de lo anteriormente planteado, otro argumento que otorga fuerza a la validez de la pensión compensatoria, es la validez de un pacto por el que se obliga a pagar al esposo una renta vitalicia a su expareja. La sentencia que lo relata es TS de 24 de junio de 2015 ⁸⁹, y trata de una pareja en la que ambos ya se habían divorciado anteriormente, ambos con trabajos estables y con una situación económica holgada y estable. Deciden por tanto pactar con un notario además del régimen económico de separación de bienes, que el hombre entregue a la mujer una renta mensual vitalicia con el fin de evitar disputas judiciales en el futuro en caso de que se produjera el divorcio o la separación. Además se había pactado que esta renta se fuera actualizando cada año en función del IPC. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Cádiz, considera nulo el pacto por vulnerar la igualdad de derechos de los cónyuges, cuando la mujer interpone demanda contenciosa de separación y exige su derecho a la renta vitalicia. No se dio una cuestión de que el marido no quisiera pagarlo, puesto que tiempo después de la fecha firma del pacto ante notario, volvió al mismo para establecer cuándo debe producirse la actualización del IPC, que fijó en el día de su boda, lo que prueba que estaba conforme con el pago. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la petición de la mujer por considerar que los pactos eran nulos, puesto que iban a crear desigualdad. El otro problema que aducen es que no encontraba su legalidad por no poder considerar el pacto como una pensión de alimentos ni compensatoria, ya que la separación no producía en la mujer un empeoramiento de su situación económica.

La resolución de la sentencia por el Tribunal Supremo es muy interesante por dos motivos. Su resolución es una guía perfecta para cumplir con los requisitos de los pactos.

“Considera que la Sala debe responder a las siguientes cuestiones:

- 1. Si estamos ante una renuncia a la aplicación de la ley (art. 6.2 CC) o a una renuncia a un derecho futuro (art. 1328 CC).*
- 2. Si los pactos son contrarios a la ley, moral u orden público.*
- 3. Sí suponen dejar al arbitrio de uno de los cónyuges la validez de dichos pactos.*
- 4. Si los pactos son contrarios a la leyes o buenas costumbres o limitan la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (art. 32.1 de la Constitución).*
- 5. Si una vez declarada la validez, en su caso, es posible obviar los pactos por haber cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de suscribir los*

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, nº 392/2015, de fecha 24 de junio de 2015 (Rec. 2392/2013)

mismos o, por el contrario, es necesario examinar si concurren los requisitos para la procedencia o no de algún tipo de pensión.

El Tribunal alega que lo que hay que hacer es centrarse en que no vayan contra los límites del artículo 1328 del Código Civil y zanja el problema de la desigualdad de los alegando que estos no son perjudiciales para ninguna de las partes, ni ninguna de ellas se ha visto sometida a la otra, lo que daría pie a una violación del artículo 14 de la Constitución. La sentencia deja muy claro que no son de aplicación los artículos relativos a la pensión compensatoria puesto que en ningún momento las partes estipularon eso, si no que su voluntad fue una renta vitalicia mensual.

CONCLUSIÓN

Con este trabajo se ha buscado realizar un estudio de la situación actual de los acuerdos matrimoniales. Se ha partido de la regulación de los Estados Unidos, por haber sido el primer país que los normalizó en 1973. Otros países han seguido su ejemplo, Reino Unido pese a haber legislado más tarde sobre la materia, se considera hoy como un paraíso para los divorcios por la escasa regulación que tiene sobre los acuerdos matrimoniales. Asimismo, otros países que no forman parte del common law han seguido su ejemplo como Alemania o Francia.

Sin embargo, el legislador español sigue mostrando reticencias a regular los acuerdos matrimoniales pese a su convivencia a tenor de la situación actual, en la que cada vez menos parejas se casan, y crece el número de madres solteras. Por eso proponemos las siguientes conclusiones:

PRIMERA: A lo largo del trabajo, ha quedado comprobado cómo estos pactos aportan un enorme número de ventajas, frente a los escasos inconvenientes que presentan. Entre los más evidentes podemos destacar la agilidad en términos temporales, así como económicos. Las múltiples sentencias recogidas, han permitido constatar como con los divorcios la personalidad se altera, y muchas veces es muy complejo poder llegar a un acuerdo justo para ambas partes. Además, estos acuerdos permiten adaptar la convivencia de la futura pareja a sus propios planteamientos.

SEGUNDO: En España serían muy bien acogidos, por la mentalidad divorcista imperante de esta época, en la que uno de cada tres matrimonios termina con una sentencia de divorcio. Y es que el perfil de los demandantes de estos acuerdos son personas que ya han pasado por la amarga experiencia de un divorcio y quieren darse una nueva oportunidad con otra persona. Además, es que es sabido que todo aquello que se pacta tiene más facilidad de cumplimiento, que algo que viene impuesto por un tribunal, después de una larga y costosa disputa.

TERCERO: Asimismo, el motivo más evidente de su admisión, sería el éxito que han tenido los mismos no solo en la Comunidad Autónoma catalana, pero también la inclusión en las leyes valencianas, así como en las gallegas. Y es que su primera inclusión en 1998 y posterior reforma en 2010, no solo ha servido para regular los acuerdos, pero también para equiparar la situación de las parejas de hecho con los matrimonios en esta materia, mediante su inclusión.

CUARTO: Es verdad que el Código civil no hace un reconocimiento expreso, pero sí podemos encontrar multitud de preceptos que apoyan su validez. Sobre todo, si nos apoyamos en la facultad que tienen los cónyuges de celebrar todo tipo de negocios jurídicos, por lo que hay pocos impedimentos legales para los mismos.

QUINTO: El legislador catalán se ha inspirado de manera holgada en el ordenamiento americano, omitiendo vía reglas de la autonomía de la voluntad, algunas excentricidades americanas como las indemnizaciones de deberes matrimoniales (infidelidades, recompensas por concebir...). En cuanto a la forma y a la validez, podemos decir que es prácticamente una copia del ordenamiento americano.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ L., «Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia», Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, T. I, coordinador Luís Díez-Picazo, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2014, p. 106.

MARSTON, A (1996-1997), “Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements”, Stanford Law Review, numb. 49, pp. 887-916.

ALLUEVA AZNAR, L “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2013, pp 1-19.

REBOLLEDO VARELA A.L. (2008), “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: reflexiones a la luz del código civil, del código de familia y del anteproyecto de ley del libro II del código civil de Cataluña”, en Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias, Vol. 1, Bosch, Barcelona, pp. 735-755.

ANGUITA VILLANUEVA, L.A “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos a la realidad española” en: J.J Rams Albesa *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Dykinson, 2009, pp.273-330.

ANTON JUAREZ, I “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* Nº46 2016 pp.117

BALCELLS ROCA, M., “Pensió d'aliments per al cónyuge y pensión compensatoria”, *RJC*, Nº1 2004, pp 149 y ss

BARRIO GALLARDO, A “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 2016, Nº. 46 pp. 168

BERROCAL LANZAROT, A. “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *LA LEY Derecho de familia*, Nº 5, 2015, Editorial LA LEY

CABEZUELO ARENAS, “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?”, págs. 2376 y 2377,

AMORÓS GUARDIOLA, M. en su comentario del artículo 1325 del Código civil en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, edit. Tecnos, Madrid 1984, pág. 1522.

CALVO CARAVACA A.L. & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo” *Anales de Derecho*, Vol. 23, 2005

Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO (2011), “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en

CLARK, H. H. "Antenuptial Contracts", *University of Colorado Law Review*, vol. 50, 1979, pp. 142;

Derecho de familia. Casos. Reglas. Argumentos, edit. Dilex, 2006, pp 52

EGEA FERNÁNDEZ, J. "La incidencia del tratamiento civil de la familia en la configuración de un determinado modelo familiar", *Nuevos escenarios para el Derecho de trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador*, coord.: LOPEZ J., Marcial Pons, 2001, pp. 34 y ss.

VEGA SALA, F. (2011), "Comentari a l'article 231-20. Pactes en previsió de ruptura matrimonial", en Encarna ROCA TRIAS (coord.), *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepin, Madrid, pp. 642-648.

GARCÍA RUBIO M.P. "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil, Madrid Vol. 1*, 2003, pp 1653-1674

GASPAR LERA, S. "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad" *Anuario de Derecho Civil Vol. 64* 2011, pp. 1041-1074

GONZALEZ DEL POZO, J.P. "Acuerdos y contratos prematrimoniales" *Boletín de Derecho de familia*, nº81, 2008, p11. También DIEZ PICAZO L, y ZARRALUQUI SANCHEZ-

HOLDSWORTH, A *History of English Law*, 3rd edition, *Methuen & Co. Ltd, Sweet and Maxwell*, 1945, pp.310 y ss. Muy ilustrativo el ejemplo que pone el autor, del conde de Shrewsbury, quien en 1590 dispone en su testamento un legado de 1.000 libras, condicionado a que sobreviviera al marido.

EGEA I FERNÁNDEZ, J. (2002), "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, pp. 4551-4574.

KATZ, S.N. "Family Law in America" *Oxford: Oxford University Press* 2003

CERVILLA GARZÓN M.D (2013), "Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano", *Diario La Ley*, núm. 8011, Sección Doctrina, pp. 1-13.

MARIN GARCIA DE LEONARDO, M.T. "¿Es indemnizable la infidelidad?", *Revista de Derecho de Familia*, Nº47, 2010 pp. 30 y ss.

MARTINEZ VAZQUEZ- CASTRO, L. "Pactos prematrimoniales. cláusulas penales y daños morales en: L. DÍEZ PICAZO "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, *Aranzadi- Thomson Reuters*, 2014, pp. 1863-1874

MORENO, V. "La validez de los acuerdos prematrimoniales" *Diario la Ley*; Nº7049, Sección Tribuna, 2008

PINTO ANDRADE, C. "La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura"; *Noticias Jurídicas*, 2010.

REBOLLEDO VARELA, A.L. "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)", en Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias, edit. *Thomson-Civitas*, 2008, vol. I págs. 741-742

ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L "Acuerdos prematrimoniales hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal" *Economis & Jurist.* Vol. 16, Nº. 118, 2008, pp. 18-3

ANEXOS

LEGISLACIÓN

Nacional

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. (BOA núm. 63 de 29 de Marzo de 2011)

Fuero Juzgo s. XIII,

http://www.archivodemurcia.es/d_carmesi/SERIE3/serie3/01/SERIE3/53/00000001.pdf

Siete Partidas, <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>

Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. (DOCV núm. 5475 de 22 de Marzo de 2007 y BOE núm. 95 de 20 de Abril de 2007).

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. («BOE» núm. 119, de 19/05/1981).

Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. BOE» núm. 107, de 5 de mayo de 1975

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE núm. 163 de 09 de Julio de 2005)

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. (DOG núm. 124 de 29 de Junio de 2006 y BOE núm. 191 de 11 de Agosto de 2006)

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (DOGC núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de Agosto de 2010).

Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (BOE de 20 de Julio de 1981)

Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. (DOGC núm. 2687 de 23 de Julio de 1998 y BOE núm. 198 de 19 de Agosto de 1998).

Internacional

Convenio de 14 de marzo de 1978 relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matrimonio <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=88>

Deutschland, Bürgerliches Gesetzbuch, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.htm>

Francia. Code civil.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

Italia. Codice Civile <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 5ª 29 de enero de 2004 (EDJ 2004/31366)

Sentencia de la Audiencia Pprovincial de Girona, de 3 de enero de 2004 (JUR 2004\118887)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007\151411)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de diciembre de 2000, Sección 5. (S690/2000) Recurso de Apelación núm 79/2000. (AC 2001/1599)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 marzo 2011 (J2011/89076)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 10ª de 17 de noviembre de 2004 (J 2003/220633).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de mayo de 2000 Secc. 3. (S 377/2001)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001\1599)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 1ª 7 de septiembre de (EDJ 200595/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo 1ª de 3 de febrero de 2006, RJ 61/2006

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015 número 392/2015. (Rec. 2392/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011 RJ 3137 y STS de 26 de junio de 2015 (RJ 2657)

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 2 diciembre 1987 (J1987/8926)

Sentencia 4/2001, de 15 de enero de 2001. Recurso de amparo 3966/97

Internacional

Supreme Court of Florida, June 29, 1962, VECHIO v. VECHIO case 143 So. 2d 17 (1962).

Accesible en <https://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1962/31607-0.html>

Supreme Court of Florida, March 25, 1970, POSNER v. POSNER case, 233 So. 2d 381

(1970). Accesible en <https://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1970/37162-0.html>

Supreme Court of Georgia, June 22, 1982, SCHERER v. SCHERER case, 249 Ga. 635

(1982). Accesible en <https://law.justia.com/cases/georgia/supreme-court/1982/38539-1.htm>

OTROS

“Demandas presentadas de nulidades, separaciones y divorcios”, Año 2017 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e->

Informes/Demandas-presentadas-de-nulidades--separaciones-y-divorcios/, última consulta 17/03/2018)

Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios”, Año 2016 (disponible en http://www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf, última consulta 15/02/2018)

Instituto Nacional de Estadística, disponible en http://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2017/index.html#13/z, última consulta 15/03/2018

Italia. Codice Civile <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>