



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Facultad de Derecho

Máster Universitario en Abogacía

TRABAJO FIN DE MÁSTER

LOS ACUERDOS PRENUPCIALES EN CASO DE RUPTURA

Realizado por Ana González Bayón

Dirigido por: Julio Francisco Carbajo González

Convocatoria extraordinaria: junio 2021

RESUMEN:

La continua evolución de la sociedad y consecuentemente los cambios en las relaciones matrimoniales hacen necesaria la existencia de estos pactos prenupciales que contribuyen a dotar de una mayor independencia a la voluntad de las partes a la hora de regular las consecuencias o los efectos tanto patrimoniales como personales de una posible ruptura. En el presente trabajo me centraré en analizar los acuerdos prenupciales en previsión de ruptura, qué son y en qué consisten, analizando las distintas regulaciones que, ante una ausencia de regulación estatal sobre esta materia, han ido introduciendo las distintas comunidades autónomas, mencionando la importante Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de marzo de 2011, en la que se empiezan a reconocer la validez y la eficacia de estos pactos. También se analizarán los requisitos necesarios para su validez, las distintas formas en las que el acuerdo se puede plasmar y los límites de las cláusulas que el pacto pueda incluir.

ABSTRACT:

The steady progress of society and, therefore, changes in marital relationships, make necessary the existence of prenuptial agreements, which ensure to every part's will of more autonomy if regulation about consequences or effects both patrimonial and personal would be required in a divorce case. In this document, I will focus on analyzing prenuptial agreements in anticipation of divorce, what they are and how they work, going over different regulations that, in the absence of a state one, have been introduced by autonomous community, alluding to the crucial Supreme Court's sentence dating from March 31st of 2011, in which plausibility and effectiveness of these covenants began to be acknowledged. Furthermore, those requirements needed for its viability, as well as the different forms the agreement may present and the limits of its clauses, will be studied.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCCAT	Código Civil de Cataluña
CE	Constitución Española
Núm	Número
p.	Página
pp.	Páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

1	INTRODUCCIÓN.....	1
2	LOS ACUERDOS PRENUPCIALES EN CASO DE RUPTURA.....	4
2.1	REGULACIÓN.....	7
2.2	POSTURA DE LA DOCTRINA.....	11
2.3	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: LAS STS DEL 31 DE MARZO DE 2011 Y 24 DE JUNIO DE 2015.....	12
3	EL CONTENIDO DEL ACUERDO.....	16
3.1	PACTOS REGULADORES DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES PERSONALES DEL MATRIMONIO.....	16
3.2	PACTOS SOBRE ASPECTOS SUCESORIOS.....	18
3.3	PACTOS DESTINADOS A REGULAR LAS CONSECUENCIAS DE LA EVENTUAL RUPTURA DEL MATRIMONIO.....	19
3.3.1	Pacto sobre la vivienda familiar.....	19
3.3.2	Pactos sobre la pensión compensatoria.....	20
3.3.3	Pactos sobre la indemnización por instar la separación o divorcio.....	23
3.3.4	Pensión de alimentos.....	28
4	DISTINTAS FORMAS DEL ACUERDO.....	31
4.1	LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y LA ESCRITURA PÚBLICA.....	31
4.2	EL DOCUMENTO PRIVADO.....	35
4.3	EL PACTO VERBAL.....	35
5	CONCLUSIONES.....	37
6	BIBLIOGRAFÍA.....	39
7	ÍNDICE JURISPRUDENCIAL:.....	42

1 INTRODUCCIÓN.

En ocasiones quienes pretenden contraer matrimonio pueden querer regular antes de hacerlo y a través de un pacto las condiciones por las que este ha de regirse, fijando toda una serie de derechos y obligaciones de acuerdo con nuestra legislación sobre el matrimonio, aumentando o restringiéndolos y fijando compensaciones en caso de incumplimiento. Del mismo modo podrán, en caso de separación o divorcio, fijar las condiciones del mismo.

Aunque su denominación sea “acuerdos prenupciales” o “prematrimoniales”, lo cierto es que estos acuerdos pueden celebrarse con anterioridad al matrimonio o posteriormente, pero su objeto consiste en regular las posibles consecuencias de una ruptura.

Dado que en los acuerdos prenupciales se puede regular toda una amplia variedad de aspectos del matrimonio, en el presente trabajo me voy a centrar en analizar los acuerdos prenupciales en caso de ruptura.

Figura que ha ido evolucionando con el paso del tiempo a consecuencia del proceso de democratización de las relaciones familiares, respaldadas por el principio constitucional de igualdad. Además, se encuentra cada vez más presente la tendencia a la privatización del matrimonio y la ampliación de la autonomía de la voluntad en la formación de estas relaciones, en concreto las económicas, entre los cónyuges.

La 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, dio mayor autonomía al cónyuge que de forma unilateral y sin causa quisiera instar separación o divorcio en cualquier momento, a partir del plazo de tres meses desde su celebración. La ruptura conyugal es un hecho que no puede ser considerado como algo raro y excepcional en la realidad social de nuestros tiempos, es por ello por lo que la creciente aparición de este tipo de pactos en previsión de ruptura que de forma preventiva regule las consecuencias patrimoniales que una futura crisis matrimonial pudiera producir, no es algo accidental.

En los distintos ordenamientos europeos hay evidentes diferencias en cuanto a la admisión de este tipo de pactos pre-ruptura dependiendo de si el sistema del que se trate posea o no normativas reguladora de los regímenes económicos del matrimonio. Así, en los sistemas Civil Law, tradicionalmente se han considerado válidos los acuerdos sobre el régimen económico durante el matrimonio, de este modo, admitiéndose ya pactos que

regulen durante la convivencia las relaciones patrimoniales de los cónyuges, por lo que no parece desmesurado dar un paso más admitiendo pactos que prevean las consecuencias económicas de una futura crisis. En los ordenamientos Common law, por el contrario, ni si quiera existen regímenes legales económico-matrimoniales, en estos sistemas los tribunales poseen un amplio margen de discrecionalidad para delimitar los efectos patrimoniales de una ruptura, lo que puede generar un resultado justo para cada caso y a su vez una incertidumbre para ambas partes ya que no sabrán las consecuencias hasta el último momento de la decisión judicial.

El sistema español, sistema Civil Law, cuenta con una normativa reguladora del régimen económico matrimonial, por lo que sí garantizaría la certidumbre de las relaciones jurídicas entre los esposos y la función de estos pactos sería dar la posibilidad de elegir otras consecuencias económicas diferentes a las ya reguladas para la separación y el divorcio.

En definitiva, cada vez son más los ordenamientos tendentes a admitir este tipo de pactos en previsión de una posible ruptura conyugal. Es el Derecho de los Estados Unidos de América el que en esta materia está desplegando mayor influencia en las regulaciones europeas y el que inspira también la actual aplicación del Derecho español. Acuerdo consolidado desde hace poco tiempo que tiende a manifestarse con mayor asiduidad, ampliándose cada vez más el ámbito objetivo del negocio jurídico de Derecho de Familia, siendo así cada vez más el número de acuerdos prenupciales otorgados y cada vez más frecuente que se otorgue entre personas de distintas clases o condiciones sociales y económicas y no solo por quienes poseen grandes patrimonios.

Estos acuerdos cuentan con una trayectoria consolidada en los EE. UU iniciada en los setenta con el que podría considerarse el primer caso donde se admitió un acuerdo prenupcial en previsión de ruptura "*Posner v. Posner, In re Marriage of Dawley*".

Los *prenuptial agreements in contemplation of divorce* fueron objeto de reafirmación y una petición hecha por el "*American Law Institute*" (*Principles of the Law of Family Dissolution*) acogida con gran éxito, ya que a él se fueron uniendo un gran número de Estados cuyo número en la actualidad sigue aumentando.

En Italia, sin embargo, la Corte casacional niega la validez de estos acuerdos que conforme a su artículo 169 del Código Civile los considera contratos con causa ilícita.

En el Reino Unido, la ausencia de regulación sobre esta materia influyó de manera negativa en la forma de ver estos pactos. No fue hasta el año 2010 con la resolución del caso “Radmacher v. Granatino”, que supuso la instauración en el Derecho inglés de estos acuerdos como fuente reguladora de los derechos y obligaciones de los cónyuges tras la ruptura, exigiendo para su eficacia una serie de requisitos importados de la doctrina judicial estadounidense.

Sin embargo, ni la concepción católica con tanto arraigo en los países occidentales, ni la del resto de países de religión cristiana han sido obstáculo para que la autonomía de la voluntad de los cónyuges pueda convertirse en fuente normativa de los aspectos del matrimonio. En el derecho europeo se reconoce tradicionalmente a las capitulaciones matrimoniales como un instrumento formal mediante el cual los cónyuges pueden modificar, constituir o extinguir el régimen económico del matrimonio y estos pactos son aceptado siempre que cumplan determinados requisitos de forma y no sobrepasen los límites marcados por la ley, generalizándose así la tendencia a la privatización y contractualismo del Derecho de familia.

Evolución esta la que también ha generado una flexibilización en instar la disolución del matrimonio. No es extraño que a consecuencia de esa continua evolución se de una tendencia a ampliar el contenido posible de los pactos plasmados en capitulaciones matrimoniales, que, aunque pensados para regular cuestiones sobre el régimen económico matrimonial, se empieza a admitir que a través de ellas puedan regularse otros temas acerca del matrimonio, como la renuncia a la pensión compensatoria o algunos otros efectos patrimoniales surgidos tras la ruptura con el límite del orden público.

En este ámbito europeo, el Derecho español tiene una gran importancia, no solo por las previsiones normativas que algunos derechos forales y anatómicos han incorporado sino también porque puede llegar a considerarse que este tipo de acuerdos no esta sometidos, en cuanto a forma a ningún requisito específico de validez.

En el presente trabajo me centraré en analizar todas esas cuestiones relativas a la forma de estos pactos, sus requisitos de validez, las regulaciones en las distintas Comunidades Autónomas y el contenido de estos.

2 LOS ACUERDOS PRENUPCIALES EN CASO DE RUPTURA.

Los acuerdos prenupciales en caso de ruptura o pactos pre-ruptura, también llamados pactos en previsión de crisis conyugal, son “aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales quienes tienen proyectado contraer matrimonio o se encuentran en situación de normal convivencia matrimonial regulan total o parcialmente las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su matrimonio sea por separación o divorcio”¹.

Quedan excluidos los pactos cuyo objetivo sea la regulación de la crisis una vez que esta ya ha sucedido o se sabe que va a producirse de forma inminente.

MORENO VELAS los define como “acuerdos de los cónyuges celebrados antes o después de contraer matrimonio y que tienen por objeto regular los efectos de una eventual crisis matrimonial”².

PAZ TRÍAS los define como pactos celebrados por los cónyuges antes de la crisis, por lo general incluso antes de la celebración del matrimonio, y es por ello por lo que se les llama pactos prematrimoniales o prenupciales. Son la fórmula por la cual el pacto o acuerdo matrimonial puede quedar extinto incluso antes de su inicio. Sostiene que podrían asemejarse a un seguro de daños: “nadie quiere el daño, aunque el contrato de seguro viene a prevenir el desastre si ocurre”³.

Y MARTÍNEZ ESCRIBANO sostiene que “Son un acuerdo que pueden celebrar los cónyuges antes de contraer matrimonio o incluso después de este momento, pero sin que haya sobrevenido la crisis conyugal que tiene por objeto determinar las consecuencias que se derivarían en caso de separación o divorcio”⁴.

Dos son las características de estos pactos⁵:

¹PINTO ANDRADE, C.: *La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura*. Bosch. Barcelona, 2010. P.1.

²MORENO VELASCO, V.: *La expresión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las crisis matrimoniales*. Civitas. Madrid, 2013. P.35.

³MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Pactos prematrimoniales*. Tecnos. Madrid, 2011. P.12.

⁴MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Óp. Cit.* P.78.

⁵RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: “Los pactos de pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm.38, 2018. P.100.

1. Son prospectivos, es decir, se establecen con anterioridad al matrimonio o posteriormente, durante la pacífica convivencia conyugal para el caso de una eventual y futura ruptura.
2. Poseen un carácter previsor, esto es, se adelantan a las consecuencias que pudieran darse en la posible crisis y pretenden ofrecer alternativas en el presente a conflictos futuros entre los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de su celebración.

Son precisamente estas características las que llevan a la dudar sobre la conveniencia de realizar estos acuerdos: los cónyuges, al celebrarlos durante la pacífica convivencia o antes, no aprecian la ruptura como un riesgo real, por lo que no ven con claridad los problemas que pueden generar su crisis y no son conscientes de las consecuencias que con el tiempo podrían asumir por las renunciadas actuales a derechos legales tras la ruptura. Además, cuanto más tiempo transcurra entre el momento en que tuvo lugar la celebración del acuerdo y el momento de la crisis, mayor es la probabilidad de que ese pacto inicial llegue a ser inapropiado e injusto para una o para las dos partes⁶.

El objetivo de estos acuerdos puede ser triple⁷:

1. Establecer el régimen económico matrimonial.
2. Evitar la intervención judicial en el reparto del patrimonio una vez producida la ruptura. Así, el *prenup* es un instrumento utilizado para otorgar propiedades, renunciar a derechos como la pensión compensatoria o fijar el uso de la vivienda habitual.
3. Tratar cuestiones personales e incluso las relacionadas con hijos aún no nacidos.

Estos acuerdos que en un principio tuvieron su origen entre las élites norteamericanas cada vez es más común verla en nuestra sociedad. Algunos de los motivos por los que estos acuerdos son cada vez más utilizados son:

1. Matrimonios mixtos. Son muy habituales los matrimonios en los que los contrayentes no comparten la misma nacionalidad, por lo que el acuerdo prematrimonial es un método excelente para fijar la Ley que regirá los efectos de

⁶CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos. Un manual para estudiantes de toda condición*. Dilex. Madrid. 2006. PP 52-53.

⁷ANTÓN JUÁREZ, I.: "Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho Comparado". *Cuadernos de derecho transnacional*. Vol. 7, N°1. 2015. P.6.

éste, su régimen económico matrimonial y así restar inseguridad a un posible divorcio internacional.

2. Alto índice de divorcios. Las parejas son cada vez más conscientes de que un acuerdo prenupcial es un camino para moderar los efectos del divorcio.
3. Segundas y sucesivas nupcias. La necesidad de realizar estos acuerdos tras haber sufrido un fracaso matrimonial anterior para tratar temas como: hijos de anteriores relaciones, ser socio de la empresa familiar, bienes que ha costado mucho esfuerzo conseguir etc.

De todas formas, estos acuerdos transmiten la voluntad de las partes, por lo que se presupone su indiscutible validez, no obstante, existe un gran debate en todos los ordenamientos jurídicos sobre los límites que deben imponerse a esos acuerdos y qué ámbitos no se encuentran a disposición de los cónyuges o futuros cónyuges.

La sentencia de 24 de junio de 2015 rec. 2392/2013, expone que “en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art.3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1.323 CC, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1.255 CC) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán”.

Si bien en lugares como en Eslovenia donde las normas sobre efectos patrimoniales del matrimonio son de carácter obligatorio o de carácter dispositivo como en el caso de Escocia, lo cierto es que hay un consenso generalizado en los ordenamientos europeos, mientras que el reparto de los bienes matrimoniales puede ser pactado, los instrumentos para proteger las necesidades y la compensación económica por desequilibrio patrimonial de uno de ellos tras la ruptura son menos susceptibles de autorregulación. Es por ello, por lo que es necesario encontrar un equilibrio entre la tutela de la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad post-divorcio.

Debe distinguirse este acuerdo de otros como el acuerdo relativo a las obligaciones del matrimonio o a sus efectos personales o patrimoniales que pudieran surgir de una ruptura, los convenios reguladores de los efectos causados por la separación o el divorcio, los convenios privados de separación de hecho que no están sometidos a aprobación judicial y los pactos complementarios del convenio regulador ya homologado judicialmente.

2.1 REGULACIÓN.

En cuanto a su regulación, en España los pactos en previsión de crisis no se encuentran regulados de forma específica en la legislación civil común, pero sí que hay normativas autonómicas que hacen un reconocimiento explícito de dichos pactos.

El Código Civil de Cataluña en su Libro 2º sobre la Persona y la Familia, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, recoge una regulación completa de estos pactos, detallando en la doctrina la influencia directa del Derecho Norteamericano, en especial, la influencia de los Principles of the Law of Family Dissolution del año 2000, hechos por el American Law Institute, prestigiosa organización de abogados, jueces y académicos.⁸ La normativa del actual CCCAT en realidad no es tan novedosa, puesto que el art.15 del derogado Código de Familia Catalán (Ley 9/1998, 15 de julio) ya contenía estos pactos, en su párrafo primero donde disponía que: *“en los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de ruptura matrimonial”*.

En el CCCAT hay:

- Una disposición genérica sobre este tipo de acuerdos, donde se exponen los requisitos específicos para la validez y/o eficacia de los acuerdos (otorgamiento en escritura pública, periodo de tiempo para su firma, asesoramiento legal, reciprocidad y claridad de los acuerdos de exclusión o limitación de derechos y la exposición de información patrimonial entre ambas partes).
- Una cláusula de dureza, que puede llevar a la ineficacia del acuerdo cuando sea exigible (art.231-20). Hay menciones expresas a esta clase de acuerdos que complementan este precepto cuando se regula su eficacia genérica (art.233-5), la compensación por trabajo (art.232-7), guarda y relaciones personales con hijos menores y alimentos (art.233-5.3), prestación compensatoria (art.233-16) y la atribución del uso de la vivienda y modalidades de ese uso (art.233-21.3).

⁸FERRER I RIBA, J.: “El derecho de la persona y de la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña”. *InDret*, núm.3, 2010. P.2. Y GINÉS CASTELLET, N.: “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos de pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, *RCDI*, núm. 727, 2011. P.2584.

En el Derecho civil vasco, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de Relaciones Familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores, en su art. 4, establece los pactos en previsión de ruptura de la convivencia y en 10º párrafo prevé la posibilidad de establecer estos pactos antes o durante la convivencia (no habla solo de relación matrimonial⁹). El párrafo 3, establece como requisito para su validez la formalización en escritura pública y su ineficacia para el caso de que el matrimonio no se celebre o no se inicie la convivencia en el plazo de 1 año desde la realización de los pactos. El párrafo segundo dispone que su contenido puede englobar el del convenio regulador, incluyendo además otros acuerdos distintos a los establecidos en el convenio.

En el párrafo 5º del art.4 establece: *“estos pactos serán validos y obligarán a todos los firmantes aun cuando no contengan todos los extremos mínimos de un convenio regulador. En tal caso, la validez y eficacia se limitará a los efectos pactados. Únicamente serán susceptibles de ejecución judicial los pactos previamente acordados por el juez”*. La doctrina entiende que los cónyuges no podrán debatir la fuerza vinculante de estos pactos. AYERRA señala que el legislador tendría que haberle dado mayor fuerza vinculante al pacto en previsión de ruptura, apuntando que los cónyuges solo podrán pedir al juez la adopción de otras medidas distintas a las del pacto para el caso de que sucediera un hecho posterior a la firma que permitiera esa modificación, o si las medidas resultaran dañosas para los hijos, muy perjudiciales para uno de los cónyuges o contrarias a las normas imperativas¹⁰.

En cuanto a **la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano**, La STC del 28 de abril de 2016 estimó el recurso de inconstitucionalidad que el Gobierno había presentado sobre esta Ley. El Tribunal declaró la ley inconstitucional y nula por extralimitarse la Comunidad Valenciana de su competencia en esta materia (art. 149.1.8 CE) al no demostrar la existencia de normas legales o consuetudinarias en materia matrimonial vigentes con anterioridad a la promulgación de la CE. También, manifestó que la nulidad de la norma no afectaría a situaciones jurídicas consolidadas, permaneciendo establecidos los vínculos de los cónyuges con terceros.

⁹AYERRA MICHELENA, K.: *Derecho Civil Vasco de Familia. Comentario crítico a la Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, 1ª ed.*, Cizur Menor. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016. P.43.

¹⁰AYERRA MICHELENA, K.; *Óp.*, Cit. PP.46-47 y 50.

Aunque la Ley Valenciana por las razones antes expuestas sea nula, su contenido es posible ya que representa las convicciones sociales existentes en esta materia.

La Ley Valencia en su art. 25 detallaba lo comprendido en las capitulaciones matrimoniales, disponiendo que: *“se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio”*.

En el art. 26 de la Ley daba la posibilidad de que este otorgamiento tuviera lugar antes o después de la celebración del matrimonio produciendo efecto al contraer éste. La norma no imponía, cuando el contenido tratara sobre los pactos de naturaleza personal y patrimonial del art. 25 para su eficacia ningún requisito temporal como los contemplados en el Derecho catalán, que exigía para su validez el paso de treinta días como mínimo desde la realización del pacto hasta la celebración del matrimonio y un año como máximo desde el inicio hasta la celebración.

El art.27 disponía que la carta de nupcias no produciría efecto alguno en caso de nulidad, separación o divorcio, excluyendo de esa ineficacia sobrevenida los pactos del art.25¹¹.

El Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas bajo el título de Código Foral Aragonés, en sus arts. 195 y ss. regula los capítulos matrimoniales, disponiendo que podrán abarcar cualquier cláusula sobre el régimen familiar y sucesorio con el único límite del principio *stadum est chartae* (principio del Derecho aragonés que ofrece la libertad personal para regular relaciones privadas, dando amplio margen a la autonomía de la voluntad), pudiendo darse o modificarse con anterioridad o con posterioridad al matrimonio. El contenido de estos acuerdos prematrimoniales y matrimoniales se detalla de una forma muy amplia y permisiva en su contenido personal y patrimonial con los únicos límites que todo negocio jurídico ha de respetar. Su eficacia tampoco está sometida a ningún requisito temporal, de forma que su art.197 concede amplia autonomía a la

¹¹COLAO MARÍN F.J: *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho Civil español. El contenido posible*. Dykinson, S.L. Madrid, 2018. PP 67 y 68.

voluntad de las partes, y así, no necesariamente sus efectos han de comenzar después del matrimonio, si no que pueden ser anteriores al matrimonio o fijar una fecha concreta después del éste¹².

La Ley 1/1973, de 1 de marzo, que aprueba el Código de Derecho Civil de Navarra, en su art. 80 establece que los cónyuges acuerden con independencia en los pactos matrimoniales, donaciones propter nuptias, señalamientos y entrega de dotes, renunciaciones de derechos, pactos sucesorios, disposiciones sobre el usufructo de fidelidad y cualquier norma que afecte al matrimonio. Además, como el Código aragonés, contempla la ineficacia de las capitulaciones cuando no llegara a celebrarse el matrimonio y da la facultad de dar a las realizadas después de la celebración del matrimonio efecto retroactivo a la fecha de ésta, respetando los derechos adquiridos por terceros¹³.

En el Derecho común no hay una normativa específica que regule este tipo de pactos, aunque sí existe algún que otro fundamento jurídico tanto a nivel constitucional como a nivel legal. Su reconocimiento puede encontrarse en principios como el de libertad personal y libre desarrollo de la personalidad (arts.1 y 10 CE), en los arts. 1323 CC sobre el principio de libertad de contratación entre los cónyuges que es una síntesis de lo indicado en los arts. 1255 CC, sobre la autonomía de la voluntad contractual y sus límites: ley, moral y orden público y el 1325 CC que dispone que *“los otorgantes podrán estipular, modificar o sus sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”*.

En definitiva, la tesis doctrinal aceptada para el reconocimiento de estos pactos en previsión de ruptura es la interpretación amplia del objeto de las capitulaciones matrimoniales, fundamentándola en la expresión *“cualquiera otras disposiciones por razón del mismo”*, recogida en el art.1325 CC.

No cabe duda de que estos pactos deben otorgarse en escritura pública y/o capitulaciones matrimoniales (como así lo exigen las normativas catalana y vasca), dada su mayor capacidad probatoria al acceder al Registro de la Propiedad en el caso de que el acuerdo afectara a bienes inmuebles y por la participación del notario en el asesoramiento de los cónyuges.

¹²COLAO MARÍN F.J; *Óp., Cit. P.69*

¹³COLAO MARÍN F.J; *Óp., Cit. PP.69 y 70.*

A lo largo de los años los tribunales negaron la validez de estos acuerdos en los que los cónyuges renuncian a los posibles derechos que les otorga la normativa que regula la ruptura entre los esposos. No obstante, la STS de 31 de marzo de 2011¹⁴ supuso un cambio sustancial, al dar el visto bueno a este tipo de acuerdos incluso habiendo sentencia de separación o divorcio. Publicándose más adelante sentencias en el mismo sentido: SSTS de 24 de junio de 2015¹⁵ y de 30 de mayo de 2018. Mientras que las dos primeras hablan de la creación de un derecho a favor de uno de los cónyuges, no exigido tras el divorcio o separación por el legislador, la STS de 30 de mayo de 2018¹⁶ trata la renuncia de derechos reconocidos por las leyes que regulan la ruptura conyugal: prestación compensatoria (art.97 CC) y atribución del uso de la vivienda familiar (art.96 CC).

2.2 POSTURA DE LA DOCTRINA.

Como ya se dijo anteriormente, en España, como sucede en otros países europeos, la regulación de estos pactos es prácticamente inexistente. En un principio la jurisprudencia se mostraba reacia a aceptar este tipo de acuerdos en previsión de una posible ruptura conyugal. Negaban su validez, sobre todo a aquellos acuerdos que restringían o en los que se renunciaba a determinado derechos. Tal era el caso de un elevado número de resoluciones de las Audiencias Provinciales donde se entendía que no procedía la eliminación anticipada de la prestación compensatoria del art. 97 CC.

Otro de los motivos por los que la doctrina tradicional se oponía a este tipo de pactos era que pudieran formar parte de las capitulaciones matrimoniales, puesto que su contenido y estipulaciones debían haberse hecho con miras al matrimonio y no a su ruptura. La extinción matrimonial producida tras el divorcio implicaba que lo acordado en capitulaciones dejara ya de producir efectos. Incluso hoy, el hecho de que las capitulaciones se otorguen *causa matrimonii* y supongan la vigencia de la institución lleva a que muchos autores rechacen este tipo de pactos en los que su eficacia se proyecte más allá del vínculo matrimonial¹⁷. No obstante, la mayoría de la doctrina española se muestra a favor de otorgar la validez de este tipo de pactos.

¹⁴STS (Sala 1ª) de 31 de marzo de 2011, núm. 2158/ 2011 (RJ 2011/3137).

¹⁵STS (Sala 1ª) de 24 de junio de 2015, núm. 2828/2015 (RJ 2015/2657).

¹⁶STS (Sala 1ª) de 30 de mayo de 2018, núm. 315/2018 (RJ 2018/2358).

¹⁷CABEZUELO ARENAS, A.L.: *¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?* Aranzadi Civil. Navarra, 2004. PP. 2375-2394.

A pesar de la ausencia de una regulación legal expresa favorable a este tipo de negocio jurídico atípico, su validez encuentra su fundamento en varios preceptos del ordenamiento jurídico (arts. 1.255, 1.323 o 1.325 CC) y aunque quienes recurren a este tipo de pactos suelen ser novios es común argumentar su admisión conforme al principio de libre contratación entre cónyuges (art. 1.323 CC) o el principio general de libertad contractual (art. 1.255 CC), donde además está presente según la doctrina española, el principio de autonomía de la voluntad. No consideran que haya motivo para denegar la validez de este tipo de pactos, siempre y cuando lo acordado en ellos no vaya en contra de la ley, la moral o el orden público.

En última instancia, estos pactos celebrados en previsión de una posible separación o divorcio encuentran también fundamento en la amplia dirección del art. 1.325 CC, empleado para diseñar un concepto de capitulaciones matrimoniales. La última referencia *in fine* favorecería la aceptación de este negocio innominado y atípico. La tesis restrictiva que interpretaba como antecedente de “mismo”, el régimen económico, y no el matrimonio, ha ido perdiendo fuerza con el devenir del tiempo¹⁸. Venciendo la postura posibilista hasta establecerse en el art. 1.325 CC una concepción amplia de capitulaciones¹⁹. Este negocio entonces puede introducir un contenido atípico sobre cualquier aspecto relacionado con la vida marital, incluyendo los contratos en previsión de ruptura conyugal²⁰.

2.3 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: LAS STS DEL 31 DE MARZO DE 2011 Y 24 DE JUNIO DE 2015.

Dos son las resoluciones judiciales recientes, ambas de la Sala Primera del Tribunal Supremo, las que constituyen la mejor referencia para poder comprender la significación que en nuestro Derecho Común se da a los pactos prenupciales en previsión de ruptura

¹⁸BARRIO 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. UNLP Año 13/ N°46*. 2016. P.76.

¹⁹REBOLLO VARELA, A.L. GÓMEZ GÁLLIGO F.J. (Coord.): *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)*. Homenaje al Profesor M. Cuadrado Iglesias Vol. I. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2008. PP. 735-755.

²⁰ROCA I TRIAS, E., ABRIL, J.M. Y AMAT, M.E (Coords.): *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis. Homenaje al Profesor Puig i Ferriol*. Tirant Lo Blanch, II. Valencia, 2006. PP.2107-2140.

matrimonial. Pronunciamientos donde se explican cómo este tipo de pactos hasta entonces extraños en nuestro ordenamiento deben considerarse incluidos en él.

En la STS del 31 de marzo de 2011 (RJ 3137), se reafirma la validez de los pactos matrimoniales realizados al margen del convenio regulador si se dan los requisitos del art.1261 CC. Además, se da eficacia al pacto atípico por el cual ambos cónyuges deciden imponer a uno de ellos, en este caso, al marido, una serie de obligaciones unilaterales a favor de la mujer para cuando se produzca una nueva separación, independientemente de por quien haya sido provocada. En este sentido, el TS no considera que el pacto sea nulo por generar obligaciones no recíprocas, sino asumidas solo por el marido, ni tampoco interpreta que la validez o eficacia de este acuerdo quede a iniciativa de la mujer, quien puede reclamar el cumplimiento de las prestaciones, aunque sea ella la que interponga demanda.

En la STS de 26 de junio de 2015 (RJ 2658), se define el convenio hecho entre las partes como un pacto prenupcial en previsión de una futura crisis matrimonial y su objetivo es una renta mensual vitalicia pactada nuevamente en beneficio exclusivo de la esposa. La falta de reciprocidad no vulnera el criterio de protección de los cónyuges y, por tanto, tampoco impide su validez que se encuentra perfectamente delimitado en el art. 1323 CC (*Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*).

Ambas resoluciones consideran válido el pacto por el cual se configura una renta mensual en previsión de separación o divorcio, independientemente de que concurra o no el requisito de desequilibrio económico, que es el que da origen a la prestación compensatoria. El hecho de que la prestación tenga naturaleza convencional y no se ocasione por efectos del art.97 CC parece independizarla de ese requisito objetivo relacionado con el desequilibrio económico.

Existe una diferencia entre ambas resoluciones, y es que en el primer pronunciamiento además del pago de una pensión mensual, el pacto incluía la donación de una vivienda de entre las varias que tenía en propiedad el esposo, a libre elección de ésta, siempre y cuando no sobrepasara determinado valor.

El TS niega la validez de este acuerdo documentado en escritura pública, por tratarse de una promesa de donación de cosa futura e indeterminada (art.635 CC). Este pronunciamiento ha ocasionado desconcierto entre la doctrina y merecido fundadas

críticas. En este sentido, ANDERSON²¹ dice “no puedo menos que preguntarme si no será que en el fondo no son tan libres las partes de pactar lo que tengan por conveniente al margen de las medidas derivadas de un pleito matrimonial”. Añadiendo, “¿qué diferencia práctica hay entre la obligación de pagar una renta mensual (quizá durante toda la vida) y la de entregar un inmueble elegido por la esposa que no exceda de un determinado valor, llegando el caso de nueva separación?”

Muchos consideran que la interpretación del TS es bastante restrictiva y no del todo justificada, ya que admitida la validez de la renta “no se ve la razón por la que se excluye la validez de la obligación de entregar un inmueble a elección de la esposa: se trata de una obligación alternativa y se cumple el requisito de la forma (escritura pública)”²².

En el caso de la renta mensual, vitalicia o temporalizada, de origen convencional, el motivo de la atribución patrimonial parece basarse en mitigar el desequilibrio económico que a uno de los cónyuges pudiera haberle producido el divorcio. En otros casos, como en el de separación, podría estimarse que se manifiesta como sustitutiva de una prestación en concepto de contribución a las cargas del matrimonio de un vínculo que todavía existe, pudiendo interpretarse que se aplica en calidad de la cuota correspondiente de la esposa en la sociedad de gananciales simplificándose así la liquidación.

En la donación del apartamento a elección de la mujer, el TS no encuentra el motivo de la obligación de donar comprendida en el pacto prenupcial, ni que esa promesa obedezca a una conexión directa con la extinción del matrimonio. Lo considera como un pacto adicional demasiado oneroso para el marido y cuya regulación no reconoce de carácter dispositivo. Esa desconexión entre la liberalidad comprometida en relación con el modelo que representan los arts. 90 y ss. CC incita a privar de eficacia a la liberalidad sobre la base discutible del art. 635 CC, cuando en realidad crea el temor de que pueda incluir un ánimo punitivo.

Esa estipulación represora si llegara a dificultar o impedir el divorcio se debería de tener por no puesta. A pesar de que la validez de las penas convencionales sea muy dudosa en

²¹ANDERSON, M.: “Sentencia de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3137), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 88l. Madrid, 2012. P. 404.

²²PARRA LUCÁN, M.A., PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.): *Autonomía de la voluntad en Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, T.I. WoltersKluwer. Madrid, 2012. P.275.

nuestro país²³ y hasta que pueda infringir el orden público, debe tenerse en cuenta que quien decide iniciar el proceso de crisis es la propia mujer.

No se trata de una cláusula que esconda una multa por finalizar la convivencia y solicitar el divorcio. El orden público familiar se habría visto así lesionado.

²³MARTÍNEZ VÁZQUEZ-CASTRO. L., DÍEZ-PICAZO.L (Coord.): *Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel. T.I.* Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters. Navarra, 2014. PP. 1863-1874.

3 EL CONTENIDO DEL ACUERDO.

Una vez reconocida esta libertad de los cónyuges para pactar y el reconocimiento legal de este tipo de pactos preventivos tanto por el Derecho Civil común como en las distintas legislaciones autonómicas, queda claro que su admisibilidad no es un problema. La cuestión jurídica que se plantea no es en sí con la figura misma, sino más bien con el tipo de cláusulas que los cónyuges pretendan incorporar al acuerdo.

Cuando en el pacto se pretende regular los efectos patrimoniales y personales como pacto inter-partes, los contrayentes pueden plasmar en el cualquier aspecto de su convivencia común, y así lo afirma la STS de 31 de marzo de 2011 al declarar que, “*estos pactos no tienen limitado su objeto y se concluyen muchas veces para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios*”. En consecuencia, el contenido de dichos pactos es y puede ser tan variado como corresponda a los particulares intereses de los futuros contrayentes²⁴, a continuación, voy a hablar de los más comunes.

3.1 PACTOS REGULADORES DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES PERSONALES DEL MATRIMONIO.

Que los futuros contrayentes pacten sobre cuestiones personales para acomodar su convivencia a un estilo propio, distinto al previsto en la ley, no es uno de los pactos más frecuentes. Cláusulas como: no volverse a casar, cláusulas penales por infidelidad, no asistir a ciertos lugares o ver a determinadas personas etc.

Estos deberes personales se encuentran en los arts. 66-68 CC y sobre la aplicación de este tipo de cláusulas las cuestiones que se plantean se centran en su admisibilidad y la indemnización a aplicar. En el CCCAT no se habla sobre estos pactos, según FIGUEROA TORRES²⁵ el motivo se debe a que gran parte de ellos se encuentran directamente relacionados con uno de los límites de la autonomía de la voluntad: el orden público constitucional, además por la mayor proximidad a perjuicios ideológicos, morales o religioso.

²⁴SILLERO CROVETTO, B.: “Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 769. P. 2791.

²⁵FIGUEROA TORRES, M.: *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura en España, Estados Unidos y Puerto Rico*. Dikynson. Madrid, 2016. P.221.

La aceptación de este tipo de pactos en los que se acordara por las partes no contraer matrimonio nuevamente o convivir con otra persona en un futuro, serían nulos de pleno derecho por ser contrarios al orden público constitucional (art.32 CE). También, afirma RODRÍGUEZ GUITIÁN²⁶, sería nula la cláusula que impusieran la prohibición de contraer matrimonio, iniciar una convivencia con una determinada persona, o el pacto de prohibición de no contraer matrimonio durante cierto tiempo. Serían nulas las cláusulas que, sin más, impusieran o excluyeran una determinada residencia a la otra parte. En definitiva, este tipo de cláusulas serían nulas por vulneración del orden público constitucional (art. 19 CE).

PINTO ANDRADE²⁷ en relación con su admisibilidad, afirma que *“los pactos sobre aspectos personales deben considerarse nulos por cuanto, los arts. 67 y 68 CC son un conjunto de deberes, no de obligaciones, lo que significa que su inobservancia no es equiparable, en cuanto a los efectos, al incumplimiento contractual: no es pensable el cumplimiento forzoso o in natura o por equivalente del poder del deber conyugal incumplido. Debe señalarse que son un conjunto de deberes y derechos personalísimos y recíprocos respecto a los cuales prestan su consentimiento los cónyuges en el acto constitutivo del matrimonio. A tenor del art. 45 CC son indisponibles por los cónyuges e irrenunciables y no se pueden limitar ni modalizar y el pacto en tal sentido se tiene por no puesto, tanto sea anterior al matrimonio como coetáneo o posterior al acto constitutivo del mismo”*. ANTÓN JUÁREZ²⁸, cree que para apreciar la validez de estos acuerdos es necesario considerar, por un lado, la libertad de pacto, ya que afirma que en este tipo de acuerdos donde se regulan deberes del día a día, pueden hacer una convivencia más fácil, y, por otro lado, el límite de estos acuerdos, en la transgresión de principios básicos del ordenamiento (libertad, no discriminación etc.) y por tanto de la propia institución del matrimonio.

PÉREZ MARTÍN²⁹ afirma que *“pactar sobre deberes personales se debería permitir, modificar los deberes básicos de la institución del matrimonio no”*.

²⁶RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Los pactos pre-ruptura conyugal*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2018. P.250.

²⁷PINTO ANDRADE, C.; *Óp., Cit. P.65*.

²⁸ANTÓN JUÁREZ, I.; *Óp., Cit. P.41*.

²⁹PÉREZ MARTÍN, A.J.: *Tratado de Derecho de Familia. Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual, II*. Lex Nova. Valladolid, 2009. P.92.

ANTÓN JUÁREZ³⁰ considera que el verdadero problema de estos pactos radica no en la posibilidad del pacto sino en el reconocimiento por los tribunales de una indemnización por incumplimiento de éste. Así la STS de 30 de julio de 1999³¹ se posicionó en contra de reconocer este tipo de responsabilidad patrimonial por incumplimiento de deberes personales, pero en Audiencias Provinciales ha surgido una corriente jurisprudencial favorable respecto a esto.

3.2 PACTOS SOBRE ASPECTOS SUCESORIOS.

Este tipo de pactos generan bastantes problemas de validez por su conexión con los pactos sucesorios y las diferentes regulaciones entre el Derecho sucesorio autonómico y el común³². Dos ejemplos lo evidencian:

El primero sería *“el pacto por el que los cónyuges o futuros cónyuges renuncian en el acuerdo prematrimonial a los derechos legitimarios u otros análogos que pudieran corresponderles en la herencia del otro”*. Este pacto está prohibido (art.816 CC), sin embargo, en ordenamientos como el gallego, el balear, el navarro o el catalán está permitido.

El segundo ejemplo es cuando uno de los cónyuges o futuros cónyuges se comprometan a testar a favor del otro. En el Derecho Civil común no se puede pactar sobre la herencia futura salvo aspectos que tengan relación con la división del caudal (art. 1.271 CC).

Existen otras cuestiones íntimamente ligadas al derecho sucesorio, como las donaciones de bienes futuros en caso de muerte o la promesa de mejorar (arts. 826 y 827 CC), que sí que se podrían estipular en capitulaciones matrimoniales, lo que llevaría a entender que aquellas cuestiones sucesorias que están permitidas por capitulaciones matrimoniales también se podrían acordar en pactos prematrimoniales, siempre y cuando se llevara a cabo en escritura pública. Como el caso de *la determinación del lugar de residencia de los esposos* que, DE LA IGLESIA MONJE³³ afirma que puede integrarse en el contenido atípico de las capitulaciones y no tiene en principio efectos directamente económicos,

³⁰ANTÓN JUÁREZ, I.; *Óp., Cit. P.42.*

³¹STS (Sala 1ª) de 30 de julio de 1999, núm. 5489/1999.

³²GARCÍA RUBIO, M.ª P.: “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia”. *Ponencia a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa*. Tossa de Mar, 2004.

³³DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I.: “Pactos prenupciales y determinación de la residencia habitual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747. 2015. P.376.

pero afecta indirectamente en los aspectos de derecho sucesorio y tributario. Este tipo de pactos tiene su importancia cuando uno de los cónyuges no es español de origen, sirviéndose así de las capitulaciones matrimoniales para incluir este precepto y acordar que la residencial habitual pactada en el acuerdo prenupcial sea España, lo que fija al derecho común como norma a aplicar para la regulación de los efectos del matrimonio (art. 9.8 in fine CC), y en concreto la determinación de la normativa aplicable de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente (STS de 28 de abril de 2014 Roj: 2126/2014³⁴).

3.3 PACTOS DESTINADOS A REGULAR LAS CONSECUENCIAS DE LA EVENTUAL RUPTURA DEL MATRIMONIO.

3.3.1 Pacto sobre la vivienda familiar.

La vivienda familiar suele ser el bien con más valor del matrimonio e incluso el único. Por eso es el bien sobre el que más controversia hay en los procesos de divorcio³⁵ y es por ello por lo que es recomendable plasmarlo en un pacto con anterioridad a la crisis matrimonial.

En los casos en los que el matrimonio al disolverse no ha tenido descendencia, convierte esta materia en plenamente disponible por los cónyuges (art. 96 CC), con el único límite del control judicial posterior con la finalidad de impedir que en el momento de la ejecución del pacto resulte “*gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges*” (art.90.2 CC).

El Código Civil de Cataluña permite que en previsión de ruptura pueda pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso (artículo 233-21), pero establece su falta de eficacia cuando si no se han incorporado a un convenio regulador, comprometen las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

No obstante, los cónyuges sin descendencia van a tener mayor libertad para realizar pactos como la venta inmediata de la vivienda y su consiguiente reparto del precio, acordar mediante pacto quien será el titular de la vivienda familiar, previa devolución de

³⁴STS (Sala 1ª) de 28 de abril de 2014, núm. 2126/2014.

³⁵MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.; *Óp.*, Cit. P.108.

la mitad de las cuotas o aportaciones hechas por el no titular, o previo pago del alquiler de otra vivienda para el cónyuge no adjudicatario³⁶.

La validez de este tipo de acuerdos hecho por matrimonio con hijos menores queda bajo control judicial hecho a posteriori³⁷. La necesidad de que se vele si lo acordado con anterioridad por los cónyuges es, una vez se produzca la crisis, conforme al interés superior del menor, viene por analogía de lo recogido en el art. 96.1 CC, precepto que impone la intervención judicial para la aprobación del acuerdo hecho por los cónyuges sobre la atribución de la vivienda familiar tras la crisis, y en su defecto dispone que se asignará la vivienda a los hijos y al cónyuge custodio. Por lo tanto, si los cónyuges hicieran este tipo de acuerdo en previsión de crisis, estarían efectuando disposiciones que afectan a terceros y que además éstos están protegidos de forma especial por el ordenamiento jurídico, tanto a nivel constitucional (art.39.3 CE), como internacional (Convención de los Derechos del Niño).

En definitiva, el interés del menor siempre va a primar sobre cualquier previsión que las partes hayan plasmado en cualquier pacto³⁸. El carácter de orden público de las normas que regulan los deberes con los hijos menores supone la nulidad de los pactos que sobrepasen estos límites, lo que no implica impedir la validez de cualquier tipo de pacto prenupcial que influya a los hijos.

3.3.2 Pactos sobre la pensión compensatoria.

Es sin duda el acuerdo más deseado por los cónyuges, sobre todo, para quienes ya estuvieron casados y siguen obligados al pago de pensiones a sus anteriores parejas. Son estos pactos los que han marcado el nacimiento y evolución de los acuerdos prenupciales³⁹.

El debate sobre su admisibilidad ha sido planteado en reiteradas ocasiones ante nuestros Tribunales. La STS de 2 de diciembre de 1987, señaló que *“el juez no puede actuar de oficio concediéndola, siendo competencia únicamente de las partes incluirla en el*

³⁶PÉREZ MARTÍN, A.J.; *Óp.*, *Cit.*, 96.

³⁷AGUILAR RUIZ, L.: *Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de Familia. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miguel, T.I*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2014.

³⁸ANTÓN JUÁREZ, L.; *Óp.*, *Cit.* P.40.

³⁹AGUILAR RUIZ, L.; *Óp.*, *Cit.* P.118. PASTOR VITA, F.J.: “La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19. 2003. PP. 25-55. GARCÍA RUBIO, M.P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*. Civitas. Madrid, 1995.

convenio regulador o pedirla en el procedimiento". Las STS de 2 de abril de 1997, 31 de marzo de 2011 y la del 20 de abril de 2012, afirman que "1. La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quién pueda afectar. Rige el principio de autonomía de la voluntad, tanto en su reclamación, como en su propia configuración, de modo que puede renunciarse. 2. Los cónyuges pueden pactar lo que se consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación".

ALLUEVA AZNAR⁴⁰ afirma que el tipo de pacto que se haga en relación con la pensión compensatoria influirá directamente en la forma de vida del matrimonio. Si se reconoce de manera amplia el derecho a la pensión compensatoria, conllevará un reforzamiento de la comunidad de vida conyugal y de su compromiso, en caso contrario, si el pacto reduce o elimina esta prestación, impulsará la independencia profesional de cada uno, con una menor dedicación al ámbito doméstico.

AGUILAR RUIZ Y HORNERO MÉNDEZ⁴¹, señalan que la prestación compensatoria (art.97 CC) se trata de una norma de derecho dispositivo, por lo que puede ser renunciada por las partes no haciéndola valer, ya que no afecta a las cargas del matrimonio por no afectar a los hijos. Es por lo que este tipo de acuerdos en la práctica son muy habituales, aunque la tendencia del legislador y la jurisprudencia es limitar los casos en que se otorga, o al menos las de carácter indefinido, por lo que implica una pérdida de importancia de este tipo de pactos⁴².

No obstante, MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁴³ señala que estos pactos son útiles para personas con altos recursos económicos para proteger su patrimonio o para el cónyuge que ya paga una cantidad elevada en concepto de prestación compensatoria a su anterior expareja, para que éste no tenga recelo de contraer segundo matrimonio. En el mismo sentido, son aconsejables según PÉREZ HERESA⁴⁴ para el caso de matrimonios con ingresos separados y que prevean que así sea durante toda la vida matrimonial. En la práctica son muy comunes estos acuerdos cuando solo uno de los cónyuges trabaja fuera

⁴⁰ALLUEVA AZNAR, L.: *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. P.145.

⁴¹AGUILAR RUIZ, L. Y HORNERO MÉNDEZ, C.: "Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial". *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57. P.12.

⁴²RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.; *óp. cit.*, p.273.

⁴³MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Código Civil Comentado, 2ª edición*. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas. Navarra, 2016. P.544.

⁴⁴PÉREZ HERESA, J.: "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales", *Academia Matritense del Notariado, Tomo XLVIII, curso 2007/2008*, Colegio Notarial de Madrid. P.581 y ss.

del hogar, si bien en estos casos, la renuncia unilateral del cónyuge que trabaja en la vivienda familiar suele ir acompañada de una atribución de bienes a su favor en la futura liquidación del régimen matrimonial.

En definitiva, estos pactos pueden ser admitidos siempre que respeten los límites de la autonomía privada, negándose aquellos que:

- Vulneren los límites del art. 1.255 CC. Supuestos en los que se vulnera estos límites⁴⁵:
 1. Pactos de renuncia anticipada que perjudiquen a los hijos. En caso de que fueran menores de edad sería nulo por ser contrario al art. 6.2 CC (norma imperativa). Sin olvidar la importancia del principio del interés superior del menor.
 2. Pactos de renuncia anticipada a la pensión compensatoria lesivo de los derechos del cónyuge renunciante. Aquellos pactos que no amparan o vulneran el principio de igualdad de derechos entre cónyuges (art. 66 CC). Cuando fuera gravemente perjudicial para uno de ellos, como pasaría en el caso de renuncia no recíproca. El CCCAT exige el cumplimiento del requisito de reciprocidad para los pactos de exclusión o limitación de derechos incorporados en pactos de previsión de ruptura conyugal.
 3. Pactos de renuncia anticipada a la pensión en perjuicio de terceros (por ejemplo, acreedores del cónyuge renunciante).
- No superen el control de los requisitos exigidos por el art. 1.261 CC (consentimiento, objeto y causa).
- Superen circunstancias sobrevenidas, *rebus sic stantibus*, cuya aplicación ha servido de base a los tribunales para inaplicar estos pactos donde el juez había observado que se habían producido *alternaciones sustanciales e imprevisibles* en las bases objetivas del acuerdo⁴⁶. ANTÓN JUÁREZ⁴⁷ señala que, “*admitir esta excepción a la validez puede resultar un arma de doble filo o, mejor dicho, una vía para plantear la ineficacia de la renuncia en todo caso, ya que, si el pacto prematrimonial se firmó veinte años atrás es obvio que las circunstancias de los cónyuges han cambiado. Por lo tanto, será el caso concreto, teniendo en cuenta*

⁴⁵RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.; *Óp. Cit. PP. 280 y ss.*

⁴⁶SILLERO CROVETTO, B.; *Óp. cit. P.2796.*

⁴⁷ANTÓN JUÁREZ.I.; *Óp., cit. P.40*

la admisibilidad general a la renuncia de la pensión compensatoria, el que verdaderamente podrá indicar a un tribunal si efectivamente las circunstancias son las sobrevenidas o inesperadas como para que la renuncia no sea válida por perjudicar gravemente a una de las partes”. Según RODRÍGUEZ GUITIÁN⁴⁸, debe limitarse el control judicial de justicia de estos acuerdos a la hipótesis de que el pacto haya resultado injusto para una de las partes, por alteración sobrevenida de las circunstancias en el momento de su ejecución.

3.3.3 Pactos sobre la indemnización por instar la separación o divorcio.

Se trata de un acuerdo por el cual, los cónyuges o futuros cónyuges, pactan que en caso de que uno de ellos solicite contra la voluntad del otro, separación o divorcio, éste tendrá que indemnizar al otro.

La indemnización puede consistir en una cantidad de dinero (pago único o aplazo) solamente o también la transmisión y entrega de bienes, liberando al otro cónyuge de las deudas u obligaciones que pudieran haber, u ofreciéndole una mayor participación en la liquidación del régimen económico conyugal si hubieran acordado la participación conjunta en bienes, derechos o deudas.

La SAP de Almería de 17 de febrero de 2003⁴⁹ que resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la SJPI número 2 de Béjar el 6 de abril de 2002 en un proceso de separación matrimonial, donde la mujer pedía además de la separación matrimonial y el establecimiento de medidas definitivas (como una pensión compensatoria) el pago de su marido de la indemnización que previamente al matrimonio habían acordado para el caso de ruptura.

Dos días antes de la unión matrimonial, el 16 de junio de 1999, las partes estipularon una escritura pública de capitulaciones prenupciales en la que, en su cláusula quinta disponía lo siguiente:

“En caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D. Juan Ramón asume la obligación de indemnizar a D^a Marcelina en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de

⁴⁸RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.; *Óp. cit.*, P.280.

⁴⁹SAP (Sección 2^a) de Almería de 17 de febrero de 2003, núm. 223/2003.

convivencia. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil, a la necesidad de aprobación judicial, y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal”.

Según la cláusula ésta se aplicaría no sólo para el caso de separación o divorcio sino también para el caso de “cese de convivencia”, que podría llegar a darse sin que se decretara la separación o el divorcio.

Otro de los requisitos que se observa en el pacto es que solo impone la obligación económica al esposo, para el caso de que éste decida separarse o divorciarse o dejar de convivir con la esposa, sea cual sea la causa que le llevara a tomar esa decisión, incluso si el cese fuera decisión de la mujer.

La sentencia considera esta cláusula como un *“exponente manifiesto del uso de la libertad de pactos para regir la vida económica del matrimonio”*, de acuerdo con el art.1.255 CC y en relación con los arts. 1.315 y 1.325 CC. Añadiendo que, la doctrina considera al Derecho de familia como integrante del derecho privado, debiendo quedar a un lado de su regulación *“lo público y los intereses de la sociedad”*, pero afirma que, *“sin embargo esa concepción del régimen económico del matrimonio tiene sus límites legales”*.

La resolución entiende entonces que la naturaleza de esta cláusula es doble:

1. *“Desde un punto de vista de vigencia del matrimonio”*, es decir, mientras dure el matrimonio o la convivencia, *“parece otorgar una valoración económica a la convivencia conyugal pues se cuantifica la misma el primer año y luego mensualmente”*.
2. *“Y, por otro lado, desde el punto de vista de crisis matrimonial”*, es decir, desde que ocurra la ruptura, *“supone una cláusula penal para salvaguardar los intereses económicos de un cónyuge y a la vez disuadir al otro de cesar en la convivencia, sin necesidad de proceso de separación. Por su parte, el cónyuge beneficiado con la estipulación podría optar entre la convivencia o la indemnización, que a medida que transcurra el tiempo sería mayor, de tal modo que la cláusula se convertiría en un aliciente para el beneficiario de la misma y un elemento disuasorio del cese de la convivencia conyugal para el otro, es decir, para el obligado a su abono”*. *“La convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible*

cumplimiento el abono de la indemnización contractual". De tal forma que, funcionaría como una cláusula penal para el caso de ruptura, y antes, para evitarla, como un elemento disuasorio en la decisión del cónyuge de finalizar el matrimonio o la convivencia.

Varios autores como MARTÍNEZ ESCRIBANO⁵⁰, mantienen que estos pactos podrían admitirse dentro del marco de la autonomía de la voluntad, pero con ciertos límites. Considera que la fijación de una indemnización supone ponerle precio a la ruptura, que llevaría al esposo a valorar qué le conviene más, introduciéndose un elemento de racionalización limitador de la absoluta libertad así dispuesta por la ley. Sin embargo, GASPAR LERA, considera que el establecimiento de una pena convencional por la ruptura no implica la introducción de ese elemento de racionalización en un derecho que se configura legalmente en términos de igualdad, ni tampoco una limitación de su ejercicio⁵¹.

PÉREZ HERESA⁵², considera estos pactos contrarios a la moral, acentuando que el ordenamiento jurídico ya regula los derechos que nacen de la crisis matrimonial y la existencia de estos para ella supone mercantilizar el matrimonio.

La sentencia califica de acertada la resolución del Juzgado de instancia que: *"ha considerado que la citada cláusula de la escritura de capitulaciones es nula por ser contraria al orden público matrimonial, considerándola contraria a las buenas costumbres, la moral y la ética social pues supone penalizar el cese de la convivencia conyugal, no considerando admisible que se pague por la convivencia matrimonial"*.

Al considerar nula la cláusula por extralimitarse de lo dispuesto en el art.1255 CC, se añade que: *"Este Tribunal estima también que la referida cláusula es nula por aplicación del art. 1.328 CC, que considera así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. En efecto, de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho de la separación matrimonial, reconociendo implícitamente en el art.32.1 CE, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges y los colocaría a uno*

⁵⁰MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.; *Óp.*, *Cit.* P.92.

⁵¹GASPAR LERA, S.: "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad". *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV. Zaragoza, 2011.

⁵²PAZ HERESA, J.: "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales". *Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 14 de marzo de 2008.*

de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito de ese matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial”.

La redacción de la cláusula llevaría a una posición de desigualdad del marido respecto a la esposa, puesto que la facultad para exigir esa indemnización sólo se le reconoce a la esposa en este caso. Aunque para llegar a considerar que esta cláusula provoca un desequilibrio real, probablemente tendría que tenerse en cuenta la situación de cada cónyuge, tanto en el momento de pactarla como en el de su aplicación, valorando las posibilidades verdaderas de cada uno conforme a las circunstancias existentes para determinar si en términos comparativos existe esa desigualdad o desproporción y podría ser ese el motivo por el que, descartada por la sentencia la validez de la cláusula por ir en contra del orden público matrimonial, no se vio necesidad examinar esa otra cuestión.

En definitiva, no cabe duda de que el hecho de fijar una indemnización a solo uno de los cónyuges podría atentar contra el principio de igualdad si las situaciones económicas, financieras o patrimoniales de ambos fueran similares. Aunque el establecimiento de una indemnización de cuantía razonable sólo para el cónyuge con mayor capacidad económica o de indemnizaciones de valores distintos moderadas a las posibilidades de cada uno, no sería contraria al principio constitucional del art.32, ni daría lugar a la nulidad del art. 1.328 CC.

Por otra parte, este acuerdo de indemnización pone de manifiesto la parte contractual del matrimonio al relacionar una obligación con su correspondiente resarcimiento en caso de incumplimiento.

Al reflejarse a través de estos pactos ese rasgo del matrimonio como negocio jurídico bilateral, sería oportuno aplicar en el momento de su exigencia las instituciones que disciplinan el derecho de contratos, lo que llevaría al planteamiento del caso en que uno de los cónyuges instara la separación o divorcio por el incumplimiento del otro de alguno de los deberes conyugales, pero se viera obligado a resarcirle económicamente por ello. Si en el pacto se acordó para el caso de separación o divorcio únicamente y sin consideraciones añadidas, en principio, debería cumplirse, y el planteamiento procesal de una excepción de incumplimiento contractual para enervar su aplicación dependería de las circunstancias del caso en concreto, de su apreciación conforme a los arts. 1.281 y ss. CC y de la valoración e importancia que los cónyuges le den a este incumplimiento. Cosa distinta sería si se hubiera especificado que en caso de incumplimiento de estos deberes

por el beneficiario la indemnización quedaría eliminada o minorada. De no fijarse esa prevención, podría ocasionar que ni la excepción de incumplimiento contractual ni los más genéricos mecanismos correctores de la prohibición del abuso de derecho, del ejercicio antisocial del mismo y de la obligación de buena fe (art.7 CC), fueran capaces de dejar sin efecto un acuerdo hecho por personas plenamente capaces y conocedoras al consentir de que cabría la posibilidad de que sucediera esa situación y no produciría más consecuencias que las económicas ya acordadas en su día.

La fijación como pacto matrimonial de una cláusula penal como esta no serían nula si se respetase el principio de igualdad y el orden público matrimonial y se entienda, como así lo entienden muchos autores, que en la realidad social de nuestro tiempo la incorporación de estos pactos haciendo uso de su autonomía de la voluntad no es contrario “por esencia” a él, de forma que su validez sólo chocaría con los límites legales que su contenido debe tener, y aun en caso de validez, estaría bajo la facultad moderadora concedida al juez (art. 1.154 CC).

La cláusula penal de los arts. 1.152 a 1.155 CC garantiza el cumplimiento del contrato a través de la imposición de una sanción. El TS se ha pronunciado sobre la viabilidad de una excepción de incumplimiento contractual cuando quien exige ese cumplimiento haya también incumplido lo que le corresponde. La Sala Primera del TS de 4 de abril de 2003 explica que:

“Yendo al concepto mismo de la obligación con cláusula penal, es aquella obligación cuyo cumplimiento se garantiza con la misma y cuyo incumplimiento se sanciona con la pena convencional: por tanto, es presupuesto básico el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal. Siendo ésta una obligación bilateral, a su cumplimiento o incumplimiento se aplicarían las reglas específicas de ellas; una de las cuales es la que se formula como necesidad de cumplimiento simultáneo, que significa que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir el cumplimiento del deudor, sin que él cumpla respectivamente obligación recíproca de la que es deudor y, a la inversa, no puede alegar el incumplimiento (y exigir la aplicación de la cláusula penal) aquél que está a su vez obligado (obligación recíproca) y no ha cumplido: así, el deudor al que se le exige el cumplimiento y se alega el incumplimiento para aplicarle la cláusula penal, puede oponer la exceptio non adimpleti contractus, que se desprende de los arts. 1.124, 1.308 y especialmente del 1.100 último párrafo, del Código Civil...”

La sentencia dictada por la misma Sala el 30 de marzo de 2012 (que confirma la de segunda instancia, donde afirma que no se puede reclamar a una parte el cumplimiento y si incumple imponerle la pena convencional, si la otra parte incumple su recíproca obligación, afirmando que:

“Según el párrafo segundo del art. 1.152 CC, sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del Código. Estas disposiciones son las que determinan cuando el incumplimiento es imputable al deudor y es evidente que una de las variantes del incumplimiento se produce cuando no se mantiene el equilibrio en la relación jurídica querida por las partes en el momento de perfeccionarse el contrato porque ambas dejan de cumplir lo convenido”.

La consideración de este pacto como cláusula penal determina que el juez utilice la facultad que establece el art. 1.154, que le permite modificar equitativamente la pena (cuya función, conforme al art. 1.152 es reemplazar a la indemnización de daño si no se hubiera pactado otra) cuando la obligación principal fuera en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

En definitiva, se trata de que el juez pudiera en cada ocasión valorar la situación real de las cosas para considerar si el cónyuge al que se le resarce ha cumplido con mayor o menor diligencia, y durante mayor o menor tiempo sus obligaciones conyugales. En el supuesto de la sentencia que analizamos, la indemnización aumenta conforme al tiempo de duración del matrimonio. No sería coherente si se entendiera que en realidad a mayor tiempo también mayor, y no menor cumplimiento de quien asume la pena, por lo que, desde el punto de vista temporal, el acuerdo establecería una indemnización que subiría conforme el daño disminuye, lo que facultaría al juez para realizar ese ejercicio moderador si de lo expresado en el pacto no estuviera claro que la voluntad de las partes era prever su aplicación con independencia de todo y solo por el hecho de instar separación o divorcio.

3.3.4 Pensión de alimentos.

Es el pacto por el que los cónyuges en previsión de una futura ruptura conyugal incluyen un acuerdo voluntario de alimentos a favor de uno de ellos.

Autores como GARCÍA RUBIO⁵³ y RODRÍGUEZ GUITIÁN⁵⁴ admiten este tipo de pactos, también la jurisprudencia, pero referidos a su previsión en un convenio regulador, es decir cuando la crisis ya se ha producido. Su fundamento legal es la autonomía de la voluntad del art. 1.255 CC, y el TS señala que este tipo de pactos pueden calificarse como un contrato de alimentos voluntario (art. 153 CC).

Si se trata de separación, sigue existiendo el vínculo matrimonial y el deber de socorro, por lo que provoca la obligación legal de alimentos si uno de ellos se encuentra en situación de necesidad y el juez no estaría vinculado por los acuerdos que se hayan realizado en esta materia. Sin embargo, si se trata de un divorcio, esta obligación legal de alimentos (arts. 151 y ss. CC) se extingue al romperse la unión matrimonial⁵⁵. Lo que plantea la cuestión de si sería o no válido un pacto voluntario de prestación de alimentos en caso de divorcio.

La STS de 4 de noviembre de 2011⁵⁶ y ante el interés casacional del recurso al haber doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales sobre la compatibilidad del divorcio con el mantenimiento de estos pactos que prevén alimentos entre otorgantes del convenio regulador en un procedimiento de separación previa, señala:

“El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. De aquí se deduce que los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador, que tendrá las características del artículo 153 del Código Civil, es decir se tratará de alimentos voluntario, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el artículo 1.791 del Código Civil, o gratuitos, como ocurre en este caso. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges.

Nada obsta a que el convenio regulador de separación regule de forma voluntaria los efectos económicos del divorcio, siempre y cuando las circunstancias lo permitan.

[...] El divorcio no puede constituir una causa de cese de los efectos del sobre los alimentos, porque a) hay que reconocer la validez del pacto en virtud de la autonomía de la voluntad de los cónyuges; b) de acuerdo con las cláusulas del propio convenio, la

⁵³GARCÍA RUBIO, M.^a P.; *Óp.*, *Cit.* PP. 78-79.

⁵⁴RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.; *Óp.*, *Cit.* P.334.

⁵⁵GARCÍA RUBIO, M.^a P.; *Óp.*, *Cit.*, PP.110 y 142.

⁵⁶STS (Sala 1^a) de 4 de noviembre de 2011, núm. 6998/2011.

prestación de alimentos pactada en realidad viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50% del negocio en el que el marido decía contratar sus servicios, de modo que en caso de incumplimiento del contrato o de cesación en la actividad por cualquier causa, se establecían estos llamados “alimentos”, que en realidad no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que mantenían los cónyuges, y c) en el propio convenio no se determinó la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido.

Esta Sala fija la siguiente doctrina: el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentante deberá seguir prestándolos.”

4 DISTINTAS FORMAS DEL ACUERDO.

4.1 LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y LA ESCRITURA PÚBLICA.

Los acuerdos prenupciales son negocios jurídicos de Derecho de familia que hoy en día no poseen en el Derecho civil común una regulación legal determinada. Son, por lo tanto, negocios atípicos y es por ese motivo por el que no están sometidos por ley a ningún requisito de forma que vaya más allá de los exigidos por el Código Civil para ofrecer eficacia probatoria o para su nacimiento al mundo del Derecho.

El derecho continental, a diferencia del anglosajón, reconoce en las capitulaciones matrimoniales una institución jurídica típica del Derecho de familia que regula el régimen económico del matrimonio y es por ello por lo que tanto quienes pretenden realizar un pacto prenupcial como la doctrina, han buscado su encaje formal en las capitulaciones matrimoniales.

El art. 1.325 CC establece: *“en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”*.

Se plantean dos cuestiones:

1. Si son las capitulaciones matrimoniales un instrumento formal válido para este tipo de acuerdos.
2. Si son el único instrumento formal posible, e imprescindible para su eficacia.

Quizás las capitulaciones matrimoniales sean la forma más adecuada para un acuerdo prenupcial, no obstante, su eficacia se encuentra sometida a los requisitos de los arts. 1.254, 1.255, 1.258 y 1.261 CC sobre existencia y perfeccionamiento de los contratos.

REBOLLEDO VARELA, PINTO ANDRADE, GONZÁLEZ DEL POZO y MARTÍNEZ ESCRIBANO, sostienen que el pacto prenupcial está amparado por el principio de libertad de forma, no siéndole exigible para su eficacia más que lo contenido en los arts. 1.278 y 1.280 CC⁵⁷, bastando con que se dieran los requisitos de consentimiento, objeto

⁵⁷ REBOLLEDO VARELA, A.L.; *Óp.*, Cit. P.742.

y causa del art. 1.261⁵⁸ y que no sobrepasaran los límites de la ley, la moral y el orden público del art. 1.255⁵⁹.

La indudable conveniencia de que estos pactos se formalicen públicamente para aumentar sus garantías y gozar de las ventajas que la escritura pública supone sobre el documento privado, lleva a plantearse si se podría incluir el pacto prenupcial en el contenido de las capitulaciones matrimoniales.

Existen autores como DÍEZ PICAZO y GULLON BALLESTERO que entienden que conforme a la redacción del art. 1.325 CC que no es posible encuadrar este tipo de pactos dentro de las capitulaciones matrimoniales, al considerar que, cualquier estipulación no relacionada con el régimen económico matrimonial no es en sí una estipulación capitular, o autores que consideran que las capitulaciones siempre deben mirar al matrimonio que convive, excluyendo así los pactos en previsión de ruptura y cualesquiera que pretendan incluir una regulación más allá del matrimonio.

Hoy esta cuestión ha quedado solventada, admitiendo no sólo establecer estos pactos en capitulaciones sino considerándolas el instrumento adecuado para ello. Y se llega a esta conclusión analizando todo lo que es posible incluir en el art. 1.325 CC⁶⁰:

- El pacto para la instauración de un determinado régimen económico matrimonial para una unión conyugal futura o ya existente, así como el de su modificación o sustitución, son acuerdos prematrimoniales o matrimoniales y no hay duda de que deben realizarse en capitulaciones como requisito de forma ad solemnitatem.
- El establecimiento en capitulaciones cualesquiera otras disposiciones sobre el régimen económico matrimonial en sentido amplio, como los acuerdos sobre administración de bienes comunes o liquidación de la sociedad de gananciales. Respecto a todas estas cuestiones la jurisprudencia admite también la validez de la formalización privada.
- Cabe también la incorporación de disposiciones que no afecten al régimen económico matrimonial como la compensación por ruptura o prestaciones alimenticias y también los que tratan otros aspectos de los derechos y obligaciones personales de la relación conyugal. Basando esta última afirmación en la interpretación del alcance de la

⁵⁸ PINTO ANDRADE, C.; *Óp., Cit. P.58.*

⁵⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.; *Óp., Cit. P. 208.*

⁶⁰ COLAO MARÍN F.J.; *Óp., Cit. PP.90-93.*

segunda frase del art. 1.325 CC. La descripción hecha por el legislador es gramaticalmente dudosa e imprecisa.

El sentido que se le ha dado a las capitulaciones matrimoniales como institución sujeta al régimen económico conyugal ha ido evolucionando, incluyendo en su ámbito los pactos de contenido patrimonial⁶¹ hasta llegar a incluir en ellas cualquier pacto que tenga que ver con el matrimonio y se realicen entre los cónyuges, incluyendo los de contenido exclusivamente personal⁶². Esta última encuentra su razón de ser en la libertad de contratación entre los cónyuges del art. 1.323 CC., concepción que no sólo viene respaldada por este artículo, sino también conforme al criterio recogido en el art.3 CC, que responde a una realidad social del tiempo en que la norma se aplica, y que en nuestro país ya ha encontrado reflejo en pronunciamientos judiciales⁶³.

En el año 2001, la AP de Granada, reconoció la validez de un acuerdo prenupcial de renuncia recíproca a la pensión compensatoria en caso de ruptura hecho por los futuros cónyuges en escritura de capitulaciones matrimoniales, donde acordaban el régimen de separación de bienes. La sentencia explica que, aun siendo diferente respecto a lo que se entiende por capitulaciones matrimoniales según el art. 1.325 CC, la estipulación es válida por el carácter disponible de la pensión por desequilibrio⁶⁴.

Un acuerdo prenupcial solemnizado en escritura pública que no sea una capitulación matrimonial es igualmente válido siempre que respete los límites impuestos a este negocio.

La Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015, en su fundamento de derecho 5º afirma que⁶⁵:

“El fenómeno pactos prematrimoniales tiene la denominación capitulaciones matrimoniales en nuestro ordenamiento, si bien sujetas a restrictivos criterios formales, al deber formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (arts. 1.327 y 1.333 Código Civil).

⁶¹ AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. II*. Tecnos. Madrid, 1984. P. 1.522.

⁶² CERVILLA GARZÓN, M.D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. PP.29 y 30.

⁶³ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.; *Óp.*, Cit. P.211.

⁶⁴ SAP (Sección 3ª) de Granada de 19 de mayo de 2001, núm. 377/2001.

⁶⁵ STS (Sala 1ª de lo Civil) de 24 de junio de 2015, núm. 392/2015 (RJ 2392/2013). FJ 5.

En cualquier caso, las capitulaciones no sólo afectarán al régimen económico matrimonial, sino también, con criterio flexible a cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (art. 1.325 CC).”

Y el fundamento continúa con esta reflexión:

“El profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art.3.1 CC) en la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre los cónyuges que proclama el art. 1.323 CC, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1.255 CC) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Comunidad Valenciana (...).

De lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores...”.

En definitiva, el otorgamiento de los acuerdos prenupciales en escritura pública implica una serie de incuestionables ventajas prácticas:

1. Por la fuerza y eficacia probatoria que posee un documento público (art.1.218 CC). El documento público notarial goza de la presunción de validez y adecuación de la legalidad de su contenido (art. 17 bis de la Ley del Notariado).
2. Al intervenir el notario, quien aporta determinada información y también advertencias a los otorgantes, se refuerza la garantía de que las partes manifiestan una voluntad verdaderamente autónoma, libre y consciente. Martínez Escribano⁶⁶, respecto a esta cuestión específica que sería aconsejable, especialmente cuando son casos de patrimonios e intereses económicos importantes, que antes de

⁶⁶MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.; *Óp.*, *Cit.* P.20.

dirigirse al notario, cada parte consultara a un abogado como garantía de protección de sus particulares intereses, ya que, sin cuestionar la labor imparcial del notario, la verdad es que sólo el abogado toma una postura de defensa decidida sobre los intereses de su cliente, que tendrá que conciliarse con la defensa del abogado de la otra parte, consiguiendo así llegar a un punto intermedio favorable para ambas partes.

3. Porque es un título inscribible en el Registro de la Propiedad y además permite el fácil acceso al original o la obtención de copias en cualquier momento a los legítimamente interesados.

4.2 EL DOCUMENTO PRIVADO.

El acuerdo prenupcial puede formalizarse en documento privado (siempre que no sea requisito ad validitatem su formalización en escritura pública) con el mismo valor entre los suscriptores y sus causahabientes, una vez reconocido legalmente, que la escritura pública (art. 1.225 CC). La fecha de este documento será eficaz frente a terceros desde el día que fuera incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los firmantes o desde el día en que se entregase a un funcionario público (art. 1.227 CC). En los casos de los arts. 1.279 y 1.280 CC podrá ser elevado a escritura pública obligando a ello al otorgante que se niegue a hacerlo.

4.3 EL PACTO VERBAL.

El acuerdo podrá también ser adoptado verbalmente, en aplicación de la teoría de los contratos y de las previsiones normativas del CC, que, en su art. 1.278 en relación con el art. 1.279, proclaman el principio de libertad de forma de los contratos cualquiera que sea su forma, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez.

De todas formas, se observa que los autores aun hablando de la libertad de forma mencionada anteriormente, no reflexionan sobre la posible validez de un pacto prematrimonial verbal. Es posible que se deba a que no parece que muchos futuros cónyuges recurran a realizar este tipo de pacto verbal debido a la transcendencia del matrimonio y su decisiva influencia en la vida personal y patrimonial que hace lógico que su contenido se plasme de forma escrita. También porque una vez producida la ruptura,

quien solo tiene la palabra no escrita del otro cónyuge es normal que se muestre reacio a acudir ante un juez para demostrar, no solo el compromiso hecho muchos años atrás, sino también lo delimitado en el, con la consecuencia de que esto pueda resultar prácticamente imposible.

En definitiva, pocas serán las ocasiones en las que se pretendan hacer valer un acuerdo prenupcial verbal ante un juez exigiendo su cumplimiento a causa de las grandes dificultades probatorias con que la parte demandante contaría.

5 CONCLUSIONES.

PRIMERA. Debido a los cambios experimentados en la sociedad en los últimos años y dado que ésta está en continua evolución, nos encontramos hoy en día con la aparición de nuevas figuras jurídicas acordes con estas nuevas necesidades sociales. Aunque en el ordenamiento jurídico español no hay una regulación expresa de estos pactos, sí que han sido reconocidos en los distintos derechos civiles autonómicos, admitiendo su validez en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, la libertad de contratación entre cónyuges y la potestad para estipular cualquier aspecto económico y personal de la vida en común que pretendan comenzar y prever las consecuencias tanto personales como económica de una posible y futura ruptura conyugal y siempre y cuando respeten el marco jurídico legal (arts. 1.323 y 1.255 CC).

SEGUNDA. También el Tribunal Supremo reconoce su validez, considerándolos “pactos atípicos” y declarando que los cónyuges pueden celebrar este tipo de pactos siempre que se trate de cuestiones susceptibles de libre disposición. Los considera una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas. La validez de estos acuerdos requerirá superar un previo examen judicial por el que se tendrán en cuenta cuestiones como el desarrollo profesional de los cónyuges, la existencia de hijos o personas dependientes etc. Cuestiones todas estas que se valorarán junto con las estipulaciones incorporadas al contrato en el momento de su ejecución.

TERCERA. El continuo avance del Derecho de Familia hacia el reconocimiento de su autonomía de la voluntad crece conforme al desarrollo de sus límites. Límites nacidos de principios constitucionales de igualdad de los cónyuges en el matrimonio (arts. 14 y 32.1 CE), de protección integral de los hijos, al margen de su filiación (art. 39.2 CE), el principio de protección de la familia (art.39.1 CE) y el de seguridad jurídica. Límites originados de la configuración del matrimonio como institución, comprendiendo las normas imperativas sobre los deberes de los cónyuges, las causas de la separación, etc. Límites generales impuestos a la autonomía de la voluntad del art. 1.255 CC: la ley, la moral y el orden público. Así como los límites del artículo 90 del Código Civil: daño para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Y los del artículo 1.328 CC que establece la nulidad de cualquier estipulación restrictiva de la igualdad que incumba a cada cónyuge.

CUARTA. El paso del tiempo entre el momento en el que el pacto se perfecciona y su exigibilidad puede generar importantes problemas. Este tipo de pactos a diferencia del convenio regulador puede colocar en una posición menos ventajosa para quien, por ejemplo, renuncia de forma anticipada a un derecho antes de poder constatar si el hecho que lo generó (el desequilibrio económico) ha tenido lugar.

Otro de los problemas que lleva a cuestionarse la conveniencia de realizar este tipo de pactos es que los cónyuges al celebrarlos durante la pacífica convivencia o antes, no ven la ruptura como un riesgo real, por lo que no pueden llegar a ser conscientes de los posibles problemas que se pueden ocasionar en un futuro y tampoco lo son de las consecuencias que podrían asumir por las renunciaciones actuales a derechos legales tras la ruptura. Y como se dijo anteriormente, cuanto mayor tiempo transcurra entre el momento en que el pacto se realizó y la crisis matrimonial, mayor es la probabilidad de que ese pacto llegue a convertirse en inapropiado e injusto para una o ambas partes.

6 BIBLIOGRAFÍA.

MONOGRAFÍAS.

AGUILAR RUIZ, L.: *Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de Familia. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miguel, T.I*, Cizur Menor. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2014.

AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. II*. Tecnos. Madrid, 1984.

ALLUEVA AZNAR. L.: *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016.

AYERRA MICHELENA, K.: *Derecho Civil Vasco de Familia. Comentario crítico a la Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, 1ª ed.*, Cizur Menor. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2016.

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

CABEZUELO ARENAS, A.L.: *¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?* Aranzadi Civil. Navarra, 2004.

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

COLAO MARÍN F.J.: *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho Civil español. El contenido posible*. Dykinson, S.L. Madrid, 2018.

FIGUEROA TORRES, M.: *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura en España, Estados Unidos y Puerto Rico*. Dykinson. Madrid, 2016.

GARCÍA RUBIO, M.P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*. Civitas. Madrid, 1995.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Código Civil Comentado, 2ª edición*. Cizur Menor. Thomson Reuters Civitas. Navarra, 2016.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Pactos prematrimoniales*. Tecnos. Madrid, 2011.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ-CASTRO, L., DÍEZ-PICAZO, L. (Coord.): *Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel. T.I.* Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters. Navarra, 2014.

MORENO VELASCO, V.: *La expresión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las crisis matrimoniales.* Civitas. Madrid, 2013.

PARRA LUCÁN, M.A., PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.): *Autonomía de la voluntad en Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, T.I.* WoltersKluwer. Madrid, 2012.

PÉREZ MARTÍN, A.J.: *Tratado de Derecho de Familia. Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual, II.* Lex Nova. Valladolid, 2009.

PINTO ANDRADE, C.: *La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura.* Bosch. Barcelona, 2010.

REBOLLO VARELA, A.L. GÓMEZ GÁLLIGO F.J. (Coord.): *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).* Homenaje al Profesor M. Cuadrado Iglesias Vol. I. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2008.

ROCA I TRIAS, E., ABRIL, J.M. Y AMAT, M.E (Coords.): *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis. Homenaje al Profesor Puig i Ferriol.* Tirant Lo Blanch, II. Valencia, 2006.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Los pactos pre-ruptura conyugal.* Cizur Menor. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2018.

ARTÍCULOS.

AGUILAR RUIZ, L. Y HORNERO MÉNDEZ, C.: “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial”. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57. PP.9-44.

ANDERSON, M.: “Sentencia de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3137), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 88. Madrid, 2012. PP. 379-405.

ANTÓN JUÁREZ, I.: “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho Comparado”. *Cuadernos de derecho transnacional*. Vol. 7, N°1. 2015. PP.5-45.

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*. UNLP Año 13/ N°46. 2016. PP.74-87.

DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I.: “Pactos prenupciales y determinación de la residencia habitual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747. 2015. PP.371- 382.

FERRER I RIBA, J.: “El derecho de la persona y de la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña”. *InDret*, núm.3, 2010. PP.1-3.

GARCÍA RUBIO, M.^a P.: “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia”. *Ponencia a les XIII Jornades de Dret Catalá a Tossa*. Tossa de Mar, 2004. PP.95-122.

GASPAR LERA, S.: “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”. *Anuario de Derecho Civil, tomo LXIV*. Zaragoza, 2011. PP.1041-1074.

GINÉS CASTELLET, N.: “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos de pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, *RCDI*, núm. 727, 2011. PP.2577-2620.

PASTOR VITA, F.J.: “La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19. 2003. PP. 25-55.

PÉREZ HERESA, J.: “La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales”, *Academia Matritense del Notariado, Tomo XLVIII, curso 2007/2008*, Colegio Notarial de Madrid. PP.547-602.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: “Los pactos de pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm.38, 2018. PP.99-132.

SILLERO CROVETTO, B.: “Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 769. PP. 2780-2807.

7 ÍNDICE JURISPRUDENCIAL:

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES.

SAP (Sección 3ª) de Granada de 19 de mayo de 2001, núm. 377/2001

SAP (Sección 2ª) de Almería de 17 de febrero de 2003, núm. 223/2003.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL.

STS (Sala 1ª) de 30 de julio de 1999, núm. 5489/1999.

STS (Sala 1ª) de 31 de marzo de 2011, núm. 2158/ 2011 (RJ 2011/3137).

STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 2011, núm. 6998/2011.

STS (Sala 1ª) de 28 de abril de 2014, núm. 2126/2014.

STS (Sala 1ª) de 24 de junio de 2015, núm. 392/2015 (RJ 2392/2013). FJ 5.

STS (Sala 1ª) de 24 de junio de 2015, núm. 2828/2015 (RJ 2015/2657).

STS (Sala 1ª) de 30 de mayo de 2018, núm. 315/2018 (RJ 2018/2358).