

Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña

por

DRA. NÚRIA GINÉS CASTELLET

Profesora de Derecho Civil

Facultad de Derecho de ESADE-URL

SUMARIO

- I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.
- II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO LEGAL DE PACTO EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL.
- III. ¿QUIENES LO PUEDEN OTORGAR? ÁMBITO SUBJETIVO.
- IV. ¿CUÁNDO SE PUEDE OTORGAR? LÍMITES TEMPORALES.
- V. ¿CÓMO DEBE SER OTORGADO? LA FORMA DEL PACTO.
- VI. ¿QUÉ SE PUEDE PACTAR? ÁMBITO OBJETIVO:
 1. LÍMITES DE ORDEN GENERAL.
 2. EL POSIBLE CONTENIDO DE LOS PACTOS:
 - A) *Pactos relativos a los cónyuges:*
 - a) Pactos sobre aspectos puramente personales:
 - i. Acuerdos que inciden sobre la libre elección de domicilio.
 - ii. Pactos sobre los deberes conyugales.
 - iii. Pactos que afectan a la facultad de instar la separación o divorcio.
 - b) Pactos sobre aspectos de contenido patrimonial:
 - i. Referentes al régimen económico-matrimonial: la compensación económica por razón de trabajo.

- ii. Sobre la prestación compensatoria.
- iii. Sobre la vivienda familiar.

B) *Pactos relativos a los hijos sujetos a potestad.*

VII. EFICACIA E INEFICACIA DE LOS PACTOS:

1. EFECTO VINCULANTE PARA LOS CÓNYUGES Y CONTROL JUDICIAL.
2. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE CIRCUNSTANCIAS.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Este tipo de acuerdos, que no hace tantos años era contemplado desde Europa como una excentricidad americana, se ha ido, con el paso del tiempo, haciendo un hueco en la praxis de la sociedad europea, por lo que, poco a poco, un número cada vez mayor de sistemas jurídicos los han ido acogiendo en su seno. Los hay (pocos) que los reconocen de forma explícita en la ley: así, en Alemania (1) y en Cataluña. Sin embargo, en la mayoría de casos, la entrada de estos pactos ha venido franqueada a través de decisiones jurisprudenciales que, con el apoyo más o menos extendido de la doctrina del país, los han reconocido como válidos, siempre que se respeten los límites, genéricos y específicos, que se imponen a todo acto de autonomía privada: estos son, por ejemplo, los casos de Suiza (2) y de

(1) El artículo 1408.2 BGB admite la posibilidad de acordar, de forma anticipada, una renuncia a la pensión compensatoria que no será válida si el divorcio tiene lugar en el plazo de un año desde el pacto. Por su parte, los artículos 1585.c) y 1587, también del BGB, permiten a los esposos llegar a acuerdos sobre su deber de alimentos tras el divorcio, incluyendo la renuncia a la pensión post-divorcio, y sobre compensación de expectativas o derechos de pensión por causa de edad o incapacidad laboral. De todos modos, desde 2001 [sentencia del *Bundesverfassungsgericht* (Bverg) de 6 de febrero de 2001] se aboga por un control judicial de la corrección de este tipo de acuerdos.

(2) Donde recientemente se ha defendido que «rien n'exclut expressément la possibilité, pour les époux, de déposer une convention d'entretien conclue, par exemple au moment du mariage déjà, comme cela se fait parfois, notamment dans la tradition anglo-saxonne» (SANDOZ, «Commentaire au artículo 111 CC», en PICCHONNAZ-Foëx (édits.), *Commentaire Romand. Code Civil I (art. 1-359 CC)*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, pág. 768. Y es que el legislador suizo no ha previsto la posibilidad de concluir una convención sobre los efectos del divorcio sin estar en conexión directa con el fracaso matrimonial. No obstante ello, una parte en auge de la doctrina y el Tribunal Federal (así en sus sentencias de 4 de diciembre de 2003 y de 14 de julio de 2005) se decanta por su admisión, pero eso sí, esta modalidad de pactos queda, como cualquier otro acuerdo de las partes sobre los efectos accesorios del divorcio, sujeta a ratificación del juez en el proceso de divorcio. En todo caso, además, el ámbito de esta tipología de convenciones se restringe, sin excepciones (de hecho, no se plantea otra alternativa), a las consecuencias patrimoniales del divorcio. Ver ARNAUD, «Planification du divorce et conventions», en *Pratique Juridique actuelle*, 2007, págs. 1241-1251, y PICCHONNAZ, «Commentaire au artículo 140 CC», dans *Commentaire Romand Code Civil I...* cit., págs. 1057-1058. Aun así, la cuestión es controvertida entre la escasa doctrina que se ha pronunciado sobre la cuestión, y ello hace que se reclame una modificación de la ley que

Gran Bretaña (3). Y los hay también que les niegan el acceso: así es, por ejemplo, en Italia (4).

Ya en nuestro entorno más inmediato, cabe decir que el ordenamiento español podría alinearse con el de los países que van aceptando por vía judicial su

los regule y que, en todo caso, marque, a través de normas cogentes, los límites imperativos que los cónyuges deberán respetar a la hora de establecer estas convenciones anticipadas de divorcio (ARNAUD, *ob. cit.*, pág. 1251).

(3) Un buen ejemplo de lo que está sucediendo se desvela en el caso de Gran Bretaña. Hasta hace unos meses, en el Derecho inglés, según el principio extraído del caso *Hyman v. Hyman* (1929) y consolidado a través de la Matrimonial Causes Act 1973, era considerada materia de orden público la sumisión de las partes a los poderes de los tribunales para establecer las consecuencias de su divorcio, poderes estos extraordinariamente amplios que permitían a los tribunales prescindir de cualquier acuerdo concluido entre los cónyuges, aunque lo hubiera sido conforme a un ordenamiento que sí da respaldo a tales pactos. De manera que estos acuerdos eran considerados *not binding* en Gran Bretaña. En algunas resoluciones más recientes se había ido consolidando la idea de que, por lo menos, los *prenuptial agreements* debían ser un elemento a tener en cuenta como parte de las circunstancias y/o de la conducta de los cónyuges que el juez debía tomar en consideración a la hora de decidir sobre los efectos del divorcio en base a la conocida trilogía de *needs, compensation and sharing*. Esta posición del Derecho inglés era considerada paternalista y anacrónica, ya que respondía a una situación social y a unos requerimientos que no eran ya los de la actual sociedad. Se recordaba que, al fin y al cabo, cuando se pronunció la sentencia sobre el caso *Hyman v. Hyman* (1929), las mujeres no tenían todavía plena capacidad legal y, por tanto, era absolutamente lógico que se las protegiera. No obstante, cuando la mujer ha adquirido plena competencia y habida cuenta particularmente que el matrimonio es hoy visto como una relación entre iguales con la doctrina de la separación de bienes, debería reconocerse plena libertad para ambas partes para estipular los acuerdos patrimoniales que estimen oportunos (ver LOWE, «*Prenuptial agreements: the English position*», en *InDret* 1/2008, particularmente págs. 8-9). En octubre de 2010, una decisión de la *Suprem Court* en el caso *Radmacher v. Granatino* decidió dar cumplimiento a un acuerdo prenupcial que había sido otorgado entre un ciudadano francés y una ciudadana alemana en Alemania y bajo el Derecho alemán, poniendo de relieve de modo expreso que la regla de orden público por la que se prohibe cualquier acuerdo sobre las futuras consecuencias de un divorcio *is obsolete and should be swept away*. A pesar de que el uso de este tipo de pactos no está muy extendido en Gran Bretaña, muy probablemente porque apenas se les reconoce valor jurídico, se ha detectado un creciente interés tanto entre los operadores jurídicos como entre el público en general en torno a ellos, a resultas de las últimas sentencias y muy particularmente de la anteriormente referida. Por ello, la *Law Commission* se ha puesto ya manos a la obra y ha publicado en enero de 2011 un extenso informe sobre los *Marital Property Agreements (Consultation Paper, n.º 198)*, que puede consultarse en www.lawcom.gov.uk/marital_property.htm y en el que se propone que en el futuro un acuerdo celebrado entre los esposos, antes o después del matrimonio, no sea contemplado como un pacto prohibido o contrario al orden público, por el hecho de que se ocupe de las consecuencias de una futura separación, divorcio o disolución (pág. 136).

(4) Tras un breve lapso de una muy tímida apertura en la década de los setenta, la *Corte di Cassazione* italiana se ha pronunciado, clara y contundentemente, en contra de la admisibilidad de cualquier tipo de acuerdo en prevención de una crisis conyugal, tesis que viene manteniendo con fuerza desde principios de los años ochenta (OBERTO, «*“Prenuptial agreements in contemplation of divorce” e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*», en RUSCELLO (coord.), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, CEDAM, Padova, 2006, págs. 105-180, esp. págs. 151-157).

validez y eficacia en términos generales, pero sin contar con un apoyo explícito de la ley ni, por tanto, con una regulación que sirva para acotar la extensión y límites dentro de los cuales pueden ser concluidos. Así, aunque aún son pocas las resoluciones judiciales en que se viene admitiendo la validez de los pactos previos sobre aspectos patrimoniales de libre disposición de las partes vinculados a una posterior ruptura matrimonial y ninguna proviene del Tribunal Supremo (5), lo cierto es que parece percibirse un cierto aumento de la tendencia favorable a su admisión y la doctrina que se ha ocupado específicamente de este asunto también aboga en su mayoría por su genérica validez (6), aunque

(5) En este sentido, cabe citar las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 14 de mayo de 2001 (*AC* 2001/1599), en que se declaró *prima facie* válida una cláusula de renuncia recíproca a una futura pensión por desequilibrio económico, aunque, cuando se solicitó su ejecución una vez sobrevenida la crisis conyugal, se le denegó la eficacia por apreciarse una alteración sustancial de las circunstancias que habían estado en la base del acuerdo de renuncia; de la Audiencia Provincial de Álava, de 25 de abril de 2002 (*JUR* 2003/231109), en que se sancionó la validez y eficacia de un pacto previo, otorgado con ocasión de unas capitulaciones matrimoniales en que se pactaba la modificación del régimen legal de gananciales por el de separación de bienes, en el que se convenía, en una cantidad fija, el importe de la indemnización *ex artículo 1438 del Código Civil estatal* (en adelante CCE) a favor de la mujer y de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de febrero de 2007, *CJVR* 2007/1514, en que respalda la licitud de un pacto prenupcial en que la esposa renuncia a la adjudicación del uso de la vivienda familiar y a la pensión por desequilibrio a cambio de la atribución en pleno dominio de dos inmuebles y de un vehículo en caso de ruptura conyugal.

(6) De los primeros en abogar por la validez de un pacto en previsión de una separación o divorcio, concretamente de renuncia anticipada a la pensión compensatoria, *ex artículo 97 CCE*, fueron ROCA TRIAS, «Comentario al artículo 101 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, págs. 643-644 (lo que luego reitera, aunque ampliando sus afirmaciones a los pactos preventivos de una crisis matrimonial en términos generales, en un trabajo posterior, «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, 2006, págs. 2128 y sigs.), y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, págs. 120-123. Luego un importante sector doctrinal siguió su senda: así, entre otros, EGEA FERNÁNDEZ, «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, 2003, págs. 4556-4557; GARCÍA RUBIO, «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pág. 1673, y «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia». Ponencia presentada en las XIII Jornades de Dret català a Tossa, 2004; PASTOR VITA, «La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales», en *Revista de Derecho de Familia*, 19, abril de 2003, pág. 49; MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad», en GUILARTE MARTÍN-CALERO (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, 2009, págs. 101-118, en esp. 105 y 117, y, recientemente, *Pactos prematrimoniales*, Madrid, 2011, y REBOLLEDO VARELA, «Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Madrid, 2008, págs. 735-755. Entre los que oponen resistencia a otorgar derecho de entrada a esta suerte de pactos, CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria

subsisten grandes dudas en torno a su alcance (7), dudas que podrían haber sido resueltas, al menos en parte, con ocasión de las reformas del Derecho de Familia de 2005. El legislador estatal no afrontó en esas reformas la tarea de dotar de regulación este campo de la actividad de autorregulación de los cónyuges o futuros cónyuges, lo que es lamentado por algún que otro autor (8).

Cataluña, por su parte, se encuentra en el primer grupo de países, esto es, aquellos en los que los pactos en previsión de crisis matrimonial cuentan con un reconocimiento explícito en la ley. Ya desde 1998, estos pactos habían sido objeto de una aceptación *expressis verbis* con ocasión de la promulgación del Código de Familia (en adelante, CF), artículo 15 *in fine*. Ahora con la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat), el legislador catalán ha querido darles un empujón en una clara apuesta por facilitar, en la medida de lo posible, la efectiva introducción de estos pactos en la praxis del panorama del Derecho de Familia (9). Y es que, sin una regulación sobre sus requisitos (subjetivos, objetivos, formales) y sus efectos y límites, aquella referencia genérica a la admisibilidad de pactos en previsión de la ruptura matrimonial en los capítulos matrimoniales que contenía el artículo 15 CF dejaba insolutos casi todos los problemas que suscitaba la puesta en práctica de estos —también denominados— pactos prematrimoniales.

Son varios los motivos y/o los factores que están en la base de este paulatino pero —parece que— inexorable proceso europeo de apertura a la admisión de la autonomía negocial de los miembros o futuros miembros de la pareja matrimonial en campos jurídicos en que tradicionalmente esta autonomía había sido excluida en pro de la naturaleza de *ius cogens* de la mayor parte de sus normas.

formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?», en *Aranzadi Civil*, 18/2004, BIB 2004/1843.

(7) Para AGUILAR/HORNERO, «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», en *Revista Jurídica del Notariado*, 2006, 57, págs. 21-22, ese es el *quid* de la cuestión. Centrados en el análisis de un pacto concreto, el de renuncia previa a la compensación por desequilibrio, que ha sido y es el campo de pruebas por excelencia en el que se ha volcado la doctrina española para dilucidar la posibilidad y conveniencia de admitir la validez de convenciones anticipadas en planificación de los efectos secundarios de la separación o el divorcio, afirman que «*la contestación a si la renuncia previa cabe o no nos parece un tanto artificiosa*», siendo que «*la verdadera cuestión de fondo radica aquí en determinar hasta dónde llega el control del juez sobre aquello que han decidido las partes*», tratándose, en definitiva, de una cuestión de límites.

(8) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 103.

(9) Véase sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2010, que consideró perfectamente lícito, con base en el artículo 15 del Código de Familia y con referencias explícitas al contenido del entonces Proyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña, un pacto atinente a la exclusión del cómputo de determinados bienes para determinar la eventual compensación económica del que resultara ser el cónyuge acreedor en el momento de la ruptura.

Y todos ellos están enraizados en el vertiginoso cambio social vivido en las últimas décadas, y en muchas ocasiones se explican entre sí.

Así, por una parte, la desacralización paulatina del matrimonio (inspirada, a su vez, por un notable descenso de la religiosidad y, en consecuencia, de la influencia de la Iglesia en nuestro entramado social), la incorporación plena de la mujer al mercado de trabajo y su consiguiente emancipación y un creciente individualismo de las personas, que dejan en muchas ocasiones de verse en cuanto miembros de una familia para contemplarse sobre todo como sujetos libres y soberanos, han abocado a una situación de frecuencia y generalización del divorcio (10).

La generalización del trabajo femenino (naturalmente fuera del hogar) ha conllevado, a su vez, una mejora sustancial, en cuanto a parámetros de independencia económica, de la mujer. Puede hablarse de una igualdad material cada vez más real, lo que hace que decaiga la necesidad de una especial protección de la mujer, como parte débil de una relación matrimonial articulada, como lo eran la mayoría de matrimonios en la sociedad española de hace tres décadas, conforme el modelo tradicional de distribución de tareas en el hogar (según el cual, como es sabido, era la mujer quien quedaba al cargo de los hijos y de otros miembros de la familia necesitados de cuidados y de la llevanza del hogar, mientras el marido desempeñaba un trabajo retribuido fuera de casa). Por tanto, aunque lógica y necesaria en su momento, en la actualidad carece de sentido mantener una regulación del divorcio que puede calificarse de paternalista respecto de la mujer (11).

Por otra parte, el aumento considerable de las uniones extramatrimoniales y su plena aceptación social desde hace ya algunos años han militado asimismo en pro de la transición desde una visión básicamente institucional (apoyada en no poco en su consideración sacramental) del matrimonio a una concepción más contractualista del mismo.

En fin, todo ello ha confluido en un estado de la cuestión particularmente proclive a la admisión de los pactos o convenios encauzados a establecer *ex ante* los efectos de una eventual ruptura matrimonial. Así, de un lado, las altas tasas de fracaso matrimonial hacen que tal evento no sea visto como algo remoto, y de ahí la sentida necesidad de planificar las consecuencias de un esperable (a juzgar por las estadísticas) divorcio (12).

(10) Segundo datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es), en 2009 la tasa de disoluciones matrimoniales por cada 1.000 habitantes en el Estado español fue de 2,27, cifra que, aunque algo inferior a la de años anteriores, aún sigue siendo significativa. En Cataluña, la tasa fue superior, alcanzando el 2,61.

(11) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 102.

(12) Tras la reforma de la legislación sobre separación y divorcio de 2005, el número de separaciones ha descendido en picado, siendo ahora una causa de disolución matrimonial de carácter marginal o residual. Así en 2009, los divorcios representaron el 92,7% de las disolu-

De otro lado, el hecho de que la igualdad de los cónyuges haya dejado de ser, en muchos casos, formal para pasar a ser, también ahora en muchos casos, efectivamente real (gracias a la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral) ha servido para preparar un escenario propicio para que la relación entre los esposos (durante y al fin de la misma) pueda desenvolverse según sus libres decisiones concorde y válidamente adoptadas, siempre respetando, obviamente, los límites de todo pacto. Y hay que tener en cuenta, a este respecto, que, en todo caso, la singular naturaleza de la relación establecida entre los cónyuges puede justificar, como más adelante veremos, un control más riguroso en comparación a otros actos de autonomía privada por lo que hace a los requisitos para su validez y eficacia.

Y, por último, el tránsito hacia esa percepción más contractual del matrimonio facilita, sin duda, la evolución desde una regulación de carácter mayoritariamente imperativo, con escaso margen para la iniciativa privada de los cónyuges, hasta una regulación convencional, con mucho mayor espacio para la actividad autorreguladora de los esposos (13).

En esa línea de expansión de la autonomía negocial de los cónyuges con vistas a potenciar la posible modelación de sus relaciones conforme a sus aspiraciones, valores e intereses, se inscribe el Código de Familia de Cataluña de 1998, y también la reforma del Código Civil estatal de 2005. En efecto, con ocasión de esa reforma, el legislador estatal ha querido, sin duda, poner en un primerísimo plano la voluntad de los cónyuges, que hasta entonces tenía mucho peso en el inicio de la relación e incluso durante la misma en los aspectos de su vida económica, pero menos en lo que se refería a su finalización (dejando al margen la posibilidad brindada, una vez producida la crisis matrimonial, por las normas atinentes al convenio regulador). Ahora, la voluntad constante de cada uno de los cónyuges es, claramente, el pilar sobre el que se sostiene la relación matrimonial desde el principio hasta el fin, de manera que su simple decaimiento (el de la voluntad de uno solo de los consortes) es causa suficiente para ponerle fin.

Lo que no hizo el legislador estatal de 2005, como ya se ha puesto de relieve, fue aprovechar esa reforma en pro de la mayor libertad de los cónyuges en la configuración de sus relaciones para avanzar un paso más, el de dar reconocimiento expreso a la facultad de los miembros, o futuros miembros, de la pareja matrimonial de predeterminar los efectos de una eventual ruptura de su matrimonio o, por lo menos, algunos de ellos, a través

ciones matrimoniales frente al 7,2% de las separaciones y el 0,1% de las nulidades. Pueden consultarse estos datos en la página web del Instituto Nacional de Estadística: www.ine.es.

(13) SERRANO DE NICOLÁS, «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña», en BARRADA-GARRIDO-NASARRE (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, págs. 328-329.

de pactos celebrados con anterioridad a la crisis matrimonial e incluso antes de las propias nupcias.

El legislador catalán ha ido más allá que el estatal: ya lo fue en 1998, cuando se reconoció, de modo expreso, en el artículo 15 CF que en capítulos matrimoniales pueden establecerse «las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial». No obstante, como ya se había apuntado por la doctrina (14), la falta de una específica regulación de tales pactos implicaba que las dudas hasta entonces suscitadas sobre su extensión y límites continuaran sin ser resueltas. En el año 2010, el legislador catalán ha progresado en la admisión y regulación de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, y lo hace —como se indica en el mismo preámbulo— desarrollando la alusión genérica que el Código de Familia hacía a los mismos, en sede de capítulos matrimoniales, con el establecimiento de una disciplina específica para estos pactos, disciplina esta que acusa de forma notoria la inspiración en fuentes del Derecho estadounidense, básicamente la *Uniform Premarital Agreements Act* (que ha sido adoptada por más de la mitad de los Estados) y los principios sobre la disolución de la familia del *American Law Institute* (15).

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO LEGAL DE PACTO EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL

El artículo 231-20 del CCCat vuelve a echar mano de la expresión que ya fue usada por su precedente más inmediato, el citado artículo 15 del CF, «pactos en previsión de una ruptura matrimonial», para hacer referencia a esta modalidad de acuerdos mediante los que se determinan anticipadamente las consecuencias, o algunas de ellas, de una posible ruptura del matrimonio, y a los que vamos a dedicar nuestra atención en este trabajo.

El Libro II del Código Civil de Cataluña sitúa la posición de partida de su específica regulación de estos pactos en el mismo punto donde lo había dejado la legislación anterior. Así, el artículo 231-19.1, que se ocupa, como su propio encabezamiento indica, del contenido de los capítulos matrimoniales, con una dicción prácticamente idéntica a la empleada en el Código de Familia, vuelve a incluirlos dentro de ese posible contenido capitular (16).

(14) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 4557.

(15) Así lo pone también de relieve FERRER RIBA en la editorial sobre «El derecho de la persona y la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña» de *InDret* 3/10.

(16) Ver también, en este sentido, el artículo 25 de la Ley de Régimen Económico-Matrimonial valenciano de 2007: «En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de

Pero este es tan solo el punto de arranque de una ordenación que ha querido ir bastante más allá de los escuetos términos en que el Código de Familia había abierto la puerta del Derecho a esta vía de expresión de la autonomía negocial de las personas que conviven o quieren convivir en el marco de una relación matrimonial. Entre los distintos artículos que, diseminados a lo largo del Libro II del Código Civil de Cataluña, se ocupan de esta modalidad de pactos, destaca, por su importancia, el artículo 231-20, que es precepto clave y punto de referencia obligado (17).

Esta disposición de carácter general, el artículo 231-20, se ve completada con otros artículos que contribuyen a delimitar su alcance respecto a las distintas instituciones, así como a fijar su eficacia en los procesos judiciales que se puedan producir a raíz de la crisis de pareja (18).

La diversidad de situaciones y momentos en que pueden ser otorgados estos pactos, así como la distinta naturaleza de su contenido e incluso del evento que puede estar en el origen de la ruptura matrimonial en cuya previsión son estipulados, hace conveniente esbozar, en un primer término, el cuadro de la tipología de pactos en relación con la ruptura familiar que encuentra, más o menos, acogida en el Libro II.

En primer lugar, hay que diferenciar los pactos en previsión de una ruptura matrimonial (art. 231-20) de los pactos que se pueden celebrar para regular de forma anticipada los efectos del cese de la convivencia en una pareja estable (art. 234-5).

Una vez ubicados en sede matrimonial, es preciso distinguir entre los pactos pre-ruptura o crisis, que son aquellos que han sido otorgados en previsión o prevención de una eventual ruptura de la pareja, cuando esta aún no se ha desatado, y los pactos post-ruptura o crisis, que se caracterizan por celebrarse para la autorregulación de una crisis ya existente. Los pactos pre-crisis pueden ser, a su vez, pre-nupciales (*prenuptial agreements*) o postnupciales (*postnuptial agreements*). Y, por su parte, los acuerdos post-ruptura o crisis

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».

(17) Así, el artículo 234-5, que se ocupa de los pactos en previsión del cese de la convivencia en parejas estables, prácticamente se limita a remitirse al artículo 231-20.

(18) En cuanto a la eficacia de los pactos fuera de convenio regulador, es norma de obligada consulta el artículo 233-5. Mientras que, a un nivel más específico (para las distintas instituciones), hay que tomar básicamente (por atender a las cuestiones más frecuentes en los litigios sobre la materia) en consideración lo dispuesto en el artículo 232-7 para la compensación económica por razón de trabajo, en los artículos 233-5.3 y 233-11 en cuanto al régimen y ejercicio de la guarda de los hijos menores, en el artículo 233-16 para la pensión compensatoria y en el artículo 233-21.4 para la atribución de la vivienda familiar.

se dividen entre aquellos que se mantienen fuera de convenio regulador y los que integran el contenido de un convenio regulador de una crisis, por tanto, ya judicializada.

Objeto de estudio y análisis, y aquello, por tanto, en lo que se va a parar básicamente mientes, son los pactos en previsión de una crisis matrimonial, sean otorgados antes de la celebración de las nupcias o constante matrimonio, pero, en cualquier caso, antes de la ruptura de la convivencia matrimonial.

Quedan, por tanto, fuera, sin perjuicio de que se pueda hacer en algún caso alguna somera referencia, los pactos celebrados una vez se ha producido ya la crisis, sean o no incorporados al convenio regulador. No puede decirse de estos que sean en prevención o previsión de una ruptura o crisis, porque esta ya se ha dado. También van a quedar fuera de nuestro foco de atención, por razones obvias, los pactos celebrados por las parejas estables.

La ruptura de una pareja matrimonial, en términos muy amplios, podría incluir tanto el cese de la convivencia por separación, divorcio o nulidad del matrimonio y, por tanto, en vida de ambos cónyuges, como el que se produce a raíz de la disolución del matrimonio por muerte de cualquiera de ellos. Advierto ya que estos últimos posibles pactos (mucho más cerca del Derecho de Sucesiones que del de Familia) no van a ser tampoco objeto específico de atención.

Los pactos, celebrados antes o después de las nupcias, en previsión de una eventual y, por consiguiente, aún no producida crisis por separación, divorcio o nulidad del matrimonio pueden limitarse a prever y ordenar de forma anticipada las consecuencias patrimoniales que para los cónyuges pueden derivarse de la ruptura o ir más allá, extendiendo el ámbito de estos acuerdos a otras parcelas en las que los cónyuges no son los únicos implicados (acuerdos sobre la guarda o alimentos de los hijos o sobre la atribución de la vivienda familiar) o bien incidiendo sobre las relaciones personales entre ellos (pactos sobre la ampliación, exclusión o ejercicio de los denominados derechos y deberes personales de los cónyuges), o incluso sobre la normativa atinente a la propia disolución del matrimonio. No todos ellos merecen igual grado de admisión en nuestro ordenamiento jurídico, pero de ello nos ocuparemos más adelante.

III. ¿QUIÉNES LO PUEDEN OTORGAR? ÁMBITO SUBJETIVO

Un pacto mediante el cual se provee a la ordenación convencional y anticipada de los efectos de una eventual quiebra de la convivencia matrimonial requiere, como de otro modo no podía ser, que concurran a su otorgamiento las personas en cuyo interés básico se concluye este acuerdo: en los pactos prenupciales, los futuros cónyuges, y en los postnupciales, los cónyuges con plenitud

de efectos, esto es, sin ruptura de la convivencia (19). Solamente ellos merecen la calificación de sujetos esenciales en el otorgamiento de los pactos, pero su presencia es necesaria hasta el punto de que no cabe la representación en este tipo de pactos, sino, a lo sumo, la actuación mediante *nuntius* (transmisor de una voluntad ya conformada) (20).

No hay norma alguna específica en sede de estos pactos relativa a la capacidad exigida a sus otorgantes. En relación con los capítulos matrimoniales, dice el artículo 231-21 del CCCat que: «pueden otorgar capítulos matrimoniales los que pueden contraer válidamente matrimonio, pero necesitan, si procede, los complementos de capacidad correspondientes».

Si los pactos pre-crisis son otorgados en capítulos matrimoniales, sean pre o postnupciales, no hay —me parece— cuestión: se les aplica el precepto —con el alcance y significado que quepa darle—. Al fin y al cabo, en este caso, el *negotium* (pacto en previsión de una ruptura matrimonial) se incluye en un *instrumentum* (los capítulos matrimoniales), de contenido mucho más amplio y cuya función primigenia y esencial es otra, básicamente la de determinar el régimen económico del matrimonio, aunque pueda incluir otras disposiciones tales como la realización de donaciones, el otorgamiento de pactos sucesorios y la previsión de cualesquiera estipulaciones y pactos lícitos, entre los que, como ya se ha puesto de relieve, se hace una alusión específica a los pactos que nos ocupan. Pues bien, tratándose de un capítulo matrimonial (21), *prima facie* es de aplicación directa la previsión legislativa contenida en el artículo 231-21 sobre capacidad para el otorgamiento de este tipo de negocios jurídicos, habida cuenta, especialmente, que no se ha dispuesto regulación particular al respecto por el legislador catalán de 2010.

El Libro II del CCCat ha dejado bien claro que la vinculación, lógica y necesaria, de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial a un matrimonio concreto, aquel en cuya consideración se convienen, no implica que, a su vez, este tipo de pactos deba ir asociado imprescindiblemente a la forma

(19) En otro caso, si ya se está en situación de crisis de pareja, los posibles acuerdos a que pudieran llegar los esposos en cuanto a la ordenación de las consecuencias de esta crisis no lo serían con carácter prospectivo o anticipado y, por tanto, estaríamos ya ante una categoría distinta, la de los pactos post-crisis fuera de convenio.

(20) En este sentido, aunque referido a los capítulos matrimoniales, LÓPEZ BURNIOL, «Comentario al artículo 16 CF», en EGEA-FERRER (dirs.), *Comentari al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencies d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 162.

(21) Cuestión distinta es la de saber si un capítulo matrimonial puede tener como contenido único estas previsiones en contemplación de una ruptura del matrimonio; es decir, si pueden otorgarse capítulos matrimoniales que sean únicamente «de derribo», por usar el expresivo término empleado por LÓPEZ BURNIOL, «Comentario del artículo 15 CF», en EGEA-FERRER (dirs.), *Comentari al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencies d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 156. Eso lo veremos *infra*.

capitular y, con el fin de evitar cualquier duda al respecto, se señala que «los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en una escritura pública». Centrándonos en lo que ahora nos ocupa, la capacidad que el ordenamiento considera necesaria para el otorgamiento de estos pactos, y en cuanto a lo que se refiere a los que son otorgados en escritura pública que no es de capítulos matrimoniales, en mi opinión hay razones suficientes que justifican una aplicación analógica del artículo 231-21. En efecto, la remisión de esta última norma a los requisitos exigidos por la ley para la celebración del matrimonio obedece a la trazón existente entre matrimonio y capítulos matrimoniales, siendo este el instrumento básico que la ley ha venido poniendo a disposición de los cónyuges o futuros cónyuges para que estos puedan organizar, según su voluntad, aquellos aspectos de su convivencia que estimen convenientes, siempre, naturalmente, que se encuentren dentro de su campo de acción. Aunque el pacto en cuestión no se otorgue con vistas a la organización de la vida matrimonial, sino a su eventual disolución, habrá que aplicar, a mi juicio, la regla lógica de que quien es, o puede ser, cónyuge y asumir, en consecuencia, los derechos y deberes propios de esta condición e incluso puede determinar su régimen económico matrimonial, también puede decidir de consumo con el otro miembro de la pareja, si la ley lo permite y en la medida en que lo permita, los efectos de una eventual salida del matrimonio. Además, una interpretación conforme al criterio sistemático (art. 3.1 CCE) lleva a la misma conclusión.

De todos modos, la aplicación de las reglas atinentes a la capacidad para contraer matrimonio a la celebración de pactos en previsión de una crisis matrimonial (22) no deja de suscitar alguna que otra cuestión y duda, sobre todo en relación con personas que no cuentan con plena capacidad de obrar.

Así, el Código Civil estatal permite a los menores no emancipados contraer nupcias a partir de los catorce años con la pertinente dispensa judicial (arts. 46 y 48 CCE). Una vez casados, automáticamente adquieren la emancipación [art. 211-8,1.a) CCCat y 316 CCE], pero antes precisarán de la asistencia de sus padres o tutor para otorgar estos capítulos prenupciales (23). La solución a la que lleva una interpretación sistemática de los preceptos del Libro II del CCCat es que esta misma es la norma a aplicar a los pactos en previsión de ruptura matrimonial, al menos en lo que se refiera a los que se ocupan de aspectos puramente patrimoniales. De todos modos, no deja de ser, cuando menos, chocante que, tratándose de una materia tan delicada como esta y después de haber

(22) LÓPEZ BURNIOL, *Comentario al artículo 16 CF*, cit., pág. 162, apostilla que se trata de una auténtica capacidad específica, sin que sea dable confundir la necesidad de unos eventuales complementos de capacidad, exigidos en algunos casos en atención a la enorme trascendencia patrimonial de los capítulos, con la ausencia de una capacidad específica.

(23) LÓPEZ BURNIOL, *ob. últ. cit.*, pág. 163.

tomado bastantes precauciones en cuanto a las formalidades a exigir a fin de garantizar en lo posible un libre, consciente e informado proceso de formación de la voluntad, el legislador no se haya ocupado específicamente de culminar esa toma de precauciones con la exigencia de una capacidad de obrar más completa. En todo caso, por muy rara que pueda ser la hipótesis en la realidad, me parece excesivo que un menor con catorce años pueda llegar a pactar válidamente un acuerdo por el que renuncia a una prestación compensatoria, aunque sea con la asistencia de sus padres o tutor.

Por otro lado, los menores emancipados pueden contraer matrimonio (art. 46 CCE) y, por tanto, pueden otorgar capítulos matrimoniales. Dispone el artículo 211-7.1 CCCat que: «el menor emancipado actúa jurídicamente como si fuera mayor de edad, pero necesita el complemento de capacidad para los actos que establezca el artículo 211-12». Pues bien, en la relación de actos para los que, según el CCCat, el menor emancipado requiere del complemento de capacidad, so pena de su anulabilidad, no se encuentra, de forma directa, el otorgamiento de pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Por tanto, en principio, es preciso convenir en que un menor emancipado goza, según la ley, de capacidad suficiente para otorgar, por sí solo y sin necesidad de ningún complemento especial, un pacto por el que convenga con su consorte o futuro consorte las pautas que faciliten una ordenada salida del matrimonio. En todo caso, sería necesario adentrarse en el contenido de las concretas estipulaciones en un caso determinado para averiguar si en ellas se hallan comprendidos algunos de los actos para los que el CCCat (art. 236-27.1, por remisión del art. 211-12) requiere complemento de capacidad de las personas a las que se refiere el artículo 211-7.2 CCCat (24).

Si fuera el caso, el preceptivo complemento de capacidad no podría ser prestado por el cónyuge por un evidente conflicto de intereses: habría que acudir, pues, a la asistencia por parte de los progenitores del menor emancipado, en su caso, del curador y, en último extremo, del defensor judicial (art. 224-1 CCCat).

Por lo que se refiere a las personas incapacitadas, lo determinante será el contenido de la sentencia de incapacidad, que, como establece el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado».

(24) Por ejemplo, si hubiera una afectación (en forma de futura disposición) de bienes inmuebles a cambio de la renuncia del cónyuge a futuras prestaciones compensatorias, como en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/151411). O quizás podría entenderse que una renuncia a una futura y eventual prestación compensatoria, sin ser propiamente renuncia de derecho, pudiera ser llevada, o aproximada, a la categoría de «renuncia de créditos», para las que se exige complemento de capacidad (art. 236-27.1.d).

La naturaleza de acto personalísimo que caracteriza a este tipo de acuerdos impide que la sentencia de incapacidad establezca que el tutor pueda actuar en representación del incapacitado. Como norma —y salvo que otra cosa se indique en la sentencia—, la asistencia del tutor o curador en el otorgamiento de los pactos (sea o no en capítulos matrimoniales) será siempre precisa a efectos de completar su capacidad (art. 233-4.3 CCCat). En caso que la sentencia disponga que la persona incapacitada no puede otorgar capítulos (ni, por extensión, escritura no capitular de pactos en previsión de ruptura matrimonial), la posibilidad de concluirlos queda totalmente excluida (25).

En todo caso, sin embargo, la aplicación, sea directa sea por analogía, de las normas de capacidad destinadas a los capítulos matrimoniales puede tener justificación más o menos clara en relación con los pactos en previsión de ruptura de contenido patrimonial que afecta a los esposos. Si los pactos van más allá de regular cuestiones de carácter económico intraconyugal y alcanzan a otros aspectos, bien sean de índole personal, allí donde estén permitidos, bien sean en relación con terceros (básicamente, los hijos), la singular y delicada naturaleza de la materia requiere, a mi juicio, que se exija la mayoría de edad y plena capacidad de obrar, como una mejor (aunque no infalible) garantía de la madurez necesaria para poder calibrar y asumir un acuerdo de este calibre (26).

IV. ¿CUÁNDO SE PUEDE OTORGAR? LÍMITES TEMPORALES

La peculiar naturaleza de las relaciones y situaciones que se pretenden regular y ordenar a través del otorgamiento de un pacto en previsión de una crisis matrimonial ha llevado al legislador a establecer ciertas limitaciones de orden temporal, en especial en lo concerniente a los pactos que se otorgan entre los futuros contrayentes, a fin de conjurar (o, por lo menos, intentarlo) la nociva influencia que sobre la efectiva voluntad de cualquiera de ellos pudiera ejercer la proximidad inmediata del enlace matrimonial (27).

De este modo, en orden al tiempo en que han de ser otorgados los pactos de ordenación de una eventual ruptura matrimonial, se hace preciso separar los pactos prenupciales de los postnupciales, en los que, evidentemente, no se dan

(25) LÓPEZ BURNIOL, *Comentario al artículo 16 CF*, cit., pág. 163.

(26) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, cit., pág. 212.

(27) Los motivos para esta presión son variados. La situación emocional que suele envolver esta fase de la vida de una persona, sobre todo si es la primera vez, no es, desde luego, la más apropiada para ponderar con la suficiente lucidez el alcance del pacto que se va a suscribir. Por otro lado, la perspectiva embarazosa de cancelar la boda poco antes de su fecha prevista, amén de la pérdida económica que ello puede suponer (debido a los muchos gastos que se habrán ya efectuado, de difícil o imposible recuperación), son también factores que pueden precipitar a uno de los futuros cónyuges a prestar un consentimiento que, en verdad, no es querido.

las condiciones de presión que la inminencia de la ceremonia nupcial puede provocar en alguno de los contrayentes.

La nueva regulación catalana exige, para la validez de los *prenuptial agreements*, el respeto de un doble requisito temporal. En cuanto a la conclusión en sí del pacto, el artículo 231-20 *in fine* requiere que sea otorgado con una antelación mínima de 30 días a la celebración de las nupcias (28).

Se trata de una regla claramente inspirada en la que se prevé en la Sección 7.04.3.a) de los principios del American Law Institute para la disolución de la familia (en adelante, principios ALI). La Sección 7.04.2 se preocupa de dejar muy claro que la ejecutabilidad de un acuerdo prenupcial ha de pasar por un consentimiento informado, libre y consciente (no obtenido bajo coacción o, en general, cualquier vicio del consentimiento). A partir de ahí, los Principios establecen una presunción *iuris tantum* de prestación libre de consentimiento (*not obtained under duress*) si se cumplen determinadas circunstancias, entre las cuales, que el pacto se hubiere otorgado al menos treinta días antes de la boda. Esta exigencia temporal responde al designio de preservar en la mayor medida posible la integridad del consentimiento (29). Sin embargo, otras iniciativas, más recientes, descartan, *ab initio*, la bondad de esta exigencia temporal y proponen no incorporarla en una eventual regulación de los pactos prenupciales. Así en el informe emitido por la *Law Commission* del Reino Unido, la proposición 8.15 recomienda no introducir límites temporales en los *marital property agreements* que se celebren antes de las nupcias, arguyendo que tal imposición no iba a reportar ninguna utilidad específica en la protección de los contratantes desde el momento en que ya existen otros mecanismos contractuales aptos para conseguir ese propósito, aunque dejan abierta la cuestión a consulta (30). Y es que se señala que la fijación de un periodo concreto de tiempo comporta siempre una cierta arbitrariedad: se dice —y cierta razón no les falta— que cualquier término impuesto para la celebración de los pactos prenupciales simplemente desvía la presión a otro día.

(28) La experiencia de nuestros tribunales nos muestra cómo es práctica habitual que este tipo de pactos sea otorgado unos pocos días antes del enlace: así once días de antelación en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 14 de mayo de 2001 (*AC* 2001/1599); diez días de margen entre suscripción del pacto y celebración del matrimonio en el supuesto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 1 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/118887); cuatro días, en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/151411); y solo tres en el supuesto dilucidado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/175675). Como puede comprobarse, en ninguno de estos casos el pacto podría ser considerado válido al amparo de la nueva regulación del Libro II del CCCat.

(29) Ver, en este sentido, Bix, «*Premarital agreements in the ALI principles of family dissolution*», Duke Journal of Gender Law and Policy, Spring/Summer 2001, págs. 236-237.

(30) *The Law Comission Consultation Paper*, núm. 198: *Marital Property Agreements*, págs. 110-110, consultable en www.justice.gov.uk/lawcommission.

De todos modos, hay que convenir que, dadas las singulares características que rodean a esta modalidad de pactos entre los cónyuges, y atendida la dilatada experiencia americana en esta materia, la imposición de un margen temporal mínimo entre la celebración del pacto y la del enlace matrimonial me parece una decisión acertada en pro de facilitar, en la medida de lo posible, un clima propicio para la conclusión del acuerdo con plena libertad y conciencia, ya que el necesario transcurso de ese lapso de tiempo puede, si no impedir toda suerte de presiones, sí al menos contribuir a mitigarlas.

Sea como fuere, la regla en el CCCat es contundente: el respeto a ese plazo impuesto no deriva en una simple presunción *iuris tantum* de libertad en la prestación del consentimiento sino que se erige en requisito de validez del pacto. Cualquier acuerdo celebrado dentro de ese periodo es nulo, y no cabe su subsanación (31).

En cuanto al futuro matrimonio en cuya consideración se concluyen estos pactos, debe celebrarse en el plazo de un año desde el otorgamiento de la escritura, so pena de caducidad. Así se prevé, para los capítulos matrimoniales, en el artículo 231-19.2, artículo este que debe entenderse aplicable por analogía a la escritura no capitular.

Por tanto, para su plena validez y eficacia, los pactos prenupciales han de ser otorgados en un plazo de tiempo que va desde los 30 hasta los 365 días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio: ni antes ni después.

En cambio, y porque ya no concurren aquellas circunstancias que rodean las fechas previas a la celebración del enlace, y también por una cuestión puramente lógica (32), los pactos de anticipación de los efectos de una crisis matrimonial que puedan celebrarse ya constante matrimonio pueden ser otorgados en cualquier momento, con el límite máximo de la ruptura de la convivencia.

V. ¿CÓMO DEBE SER OTORGADO? LA FORMA DEL PACTO

Puede comprobarse que la regulación general de estos pactos se sigue ubicando en sede de capítulos matrimoniales, presumiblemente por ser este el cauce por excelencia en que se ha canalizado tradicionalmente la autonomía

(31) En este sentido, ver SERRANO DE NICOLÁS, *Los pactos en previsión...*, cit., pág. 357, que pone de manifiesto que será necesario, en su caso, «*un nuevo otorgamiento con todas sus solemnidades, singularmente las informativas del notario, y así es dado que no cabe olvidar que hay una circunstancia nueva relevante como es que el matrimonio al que afectan no es in fieri sino in factu esse, pues ya se ha celebrado*».

(32) No hay ninguna fecha fija a partir de la cual contar plazo alguno. Ese es también el motivo por el cual no se exige antelación alguna para los pactos que se otorguen en previsión del cese de la convivencia de una pareja estable.

privada en materia de pactos sobre régimen matrimonial y —recientemente— postmatrimonial.

Como norma, la doctrina española ha venido aceptando la escritura de capítulos matrimoniales como un instrumento idóneo para albergar este tipo de pactos (33), aunque no falta alguna que otra opinión contraria a ello (34). De todos modos, ante la falta de regulación específica de esta figura, se aboga por acudir al principio de libertad de forma *ex artículo 1278 CCE*, de tal modo que —se dice— aunque es, naturalmente, más recomendable acudir al otorgamiento de una escritura capitular, por obvias razones de seguridad jurídica, no cabe elevarlo a requisito formal necesario, a condición que no se incida sobre el régimen económico del matrimonio (35).

En el Derecho catalán, a pesar de su ubicación sistemática y con buen criterio, este tipo de pactos no deben otorgarse ya necesariamente con ocasión del otorgamiento de una escritura de capitulaciones matrimoniales. La ley es clara: para ser plenamente válidos, deben otorgarse en escritura pública que puede ser de capítulos matrimoniales o no capitular (36). Una vez más la preocupación por garantizar en lo factible la integridad del consentimiento subyace en el fundamento de esta exigencia legal (37).

Cierto es que la dicción literal del artículo 231-20.1 no dispone que «deben otorgarse en escritura pública», como sí lo hace el artículo 231-22.1 respecto a las capitulaciones matrimoniales, sino que este precepto establece que «los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en una escritura pública». Con esta expresión, lo que se ha querido poner de manifiesto es que los pactos no tienen por qué contenerse en una escritura que sea, al mismo tiempo, de capítulos matrimoniales, pero

(33) Ver, en este sentido, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 123; GARCÍA RUBIO, *Los pactos prematrimoniales...*, *cit.*, pág. 1659-60, y *Acuerdos prematrimoniales...*, *cit.*, págs. 2 y 3; PASTOR VITA, *ob. cit.*, pág. 49; REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, pág. 741, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, *cit.*, págs. 116 y 117, y *Pactos prematrimoniales*, *cit.*, pág. 209, entre otros.

(34) Ver AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario al artículo 1325», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1526 y, más recientemente, desde una posición claramente contraria a la admisibilidad de esta modalidad contractual entre cónyuges, CABEZUELO ARENAS, *ob. cit.*, págs. 1 y 2.

(35) Así, GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, *cit.*, pág. 3; REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, pág. 742, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, *cit.*, págs. 208-209, que aclara que, en todo caso, sí deberá el pacto constar por escrito *por evidentes motivos probatorios*.

(36) Este requisito de forma solo atañe a los pactos pre-crisis, de los que nos venimos ocupando. Las convenciones a que puedan llegar los cónyuges una vez desencadenada la crisis requieren forma escrita, pero puede ser en documento privado, ya que no existe ninguna previsión parecida a la que se contiene en el artículo 231-20.1 CCCat.

(37) Como afirma ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis...*, *cit.*, págs. 2116-2117, «*la delicada materia familiar hace que el ordenamiento jurídico utilice cláusulas de seguridad, entre ellas, la forma*».

se da por supuesto que, en cualquier caso, deben ser suscritos en documento público y más concretamente, en escritura pública, como requisito de validez y eficacia (38). Como bien hace patente EGEA FERNÁNDEZ (39), a través de la exigencia de documento público, se preserva aquí mejor el principio de libertad en la contratación y, por lo tanto, queda mejor asegurado que el consentimiento de los otorgantes (consortes o futuros consortes) obedece a una conformación de su libre voluntad. En mi opinión, por tanto, la falta de cumplimiento de la forma requerida por la ley debe traducirse en la invalidez (en forma de nulidad) y consiguiente ineficacia del acto (40). En todo caso, afirma SERRANO DE NICOLÁS que, a diferencia de los capítulos matrimoniales, la forma en los pactos en previsión de ruptura no tiene función constitutiva, con lo que, a diferencia de lo que acaece en las capitulaciones, cuando estamos ante escrituras que solo lo son de pactos en previsión de ruptura, sí cabría la elevación a público de lo firmado previamente (41).

Queda aún una cuestión por dilucidar, y es si existe la posibilidad de otorgar una escritura que sea de capítulos matrimoniales y que únicamente contenga este tipo de pactos, esto es, un capítulo que sea solo «de derribo». Atendiendo a lo indicado hasta ahora, resulta evidente que la respuesta ha de ser negativa. No tendría, de otro modo, sentido la distinción que se hace en el artículo 231-20.1 CCCat. Para el legislador catalán, una cosa es la escritura de capítulos matrimoniales y otra distinta, la escritura en que pueden contenerse estos pactos en solitario que, por definición y distinción, no será capitular. Con lo que —hay que convenir— la escritura capitular no se identifica solo por contener disposiciones, sean las que fueren, por razón de matrimonio (42), y entre ellas, las cláusulas, sean relativas a aspectos personales (aquellos sobre los que se considere lícito pactar) sean atinentes a aspectos patrimoniales, que las partes consideren convenientes para el caso de crisis matrimonial, sino, precisamente, por acoger

(38) Así se desprende también de lo que se indica en el preámbulo, donde, tras afirmar que en el Libro II se establecen los requisitos formales y substantivos para que se puedan considerar plenamente válidos y eficaces los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, se pone de relieve que «entre estos requisitos destacan la posibilidad de adoptarlos en una escritura que no sea capitular...».

(39) *Ob. cit.*, pág. 4562.

(40) En contra, MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Los pactos en previsión de la ruptura en el Derecho catalán», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2-2011, pág. 352, quién aboga por una eficacia *inter partes* (¿de qué otro modo podría ser aquí?) de los pactos otorgados fuera de escritura pública.

(41) *Ob. cit.*, pág. 357.

(42) Contrariamente a lo que parece opinar LÓPEZ BURNIOL, *Comentario al artículo 15*, cit., págs. 154 y 156, y ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis...*, cit., págs. 2118-2119, al menos en relación con los pactos en previsión de ruptura y naturalmente en relación con la legislación anterior al Libro II del CCCat. En esta misma orientación, pero con referencia al CCE, y de un modo más concluyente, se pronuncia MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, cit., pág. 211.

disposiciones sobre el régimen económico del matrimonio, que es contenido característico, esencial y necesario de los capítulos matrimoniales (43).

Además de la forma de escritura pública, el legislador catalán ha incorporado la exigencia de otros requerimientos, esta vez de orden informativo, a cuyo cumplimiento queda supeditada una plena eficacia y oponibilidad de los pactos. Pone de relieve SERRANO DE NICOLÁS (44) cómo, en los pactos objeto de análisis, la exigencia de escritura pública quedaría ubicada en el concepto de la denominada forma informativa, en que el cauce formal exigido lo es como vía necesaria para que los contratantes dispongan de la información que el ordenamiento considera adecuada para una perfecta conclusión del negocio jurídico, y que, en el Derecho catalán, es arbitrada y facilitada por el notario en tanto que funcionario público y profesional del Derecho que garantiza la neutralidad e imparcialidad en el desempeño de su tarea.

En efecto, y también con una clara e innegable inspiración en el Derecho estadounidense, el apartado 2 del artículo 231-20 dispone y explica la necesidad que el notario lleve a cabo una labor de asesoramiento profesional a los otorgantes del pacto. Por un lado, se especifica que debe llevarse a cabo de forma previa al otorgamiento de la escritura donde se van a contener los pactos en previsión de una ruptura matrimonial y además que, en cualquier caso, debe hacerse por separado con cada uno de los cónyuges o futuros cónyuges (en su caso, con sus respectivos asistentes) (45). Por otro lado, se concretan los puntos sobre los que el notario debe realizar esta preceptiva tarea de asesoramiento, que se proyecta tanto en una labor de información profesional, ya que debe explicar a los futuros otorgantes los cambios que la conclusión de los proyectados acuerdos va a introducir en el régimen legal que les sería de aplicación si no se otorgaran, como de advertencia legal, puesto que debe señalarles que tienen la obligación mutua de proporcionarse la información sobre su situación patrimonial y financiera como se indica en el apartado 4 del mismo precepto. No parece, en este último extremo, que este deber de advertencia por parte

(43) En este sentido también SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, págs. 357-358, quien, yendo algo más allá, considera que, en realidad, los pactos preventivos de crisis matrimoniales comprendidos en escritura de capítulos matrimoniales no pasan a ser, por ello, contenido capitular.

(44) *Ob. cit.*, pág. 357.

(45) SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 361, pone de manifiesto que, al no establecerse la necesidad de un lapso temporal entre el asesoramiento del notario y la suscripción de los pactos, habrá de aplicarse lo que resulte de un criterio de sana prudencia en atención asimismo a la complejidad que puedan presentar. No obstante y dado que la labor de información profesional del notario debe ser desarrollada de forma individualizada, con buen criterio (el que, además de su profundo conocimiento del Derecho, le da su dilatada trayectoria profesional como Notario) aconseja que «*pueda ser en días diferentes —incluso con días de por medio para la reflexión individualizada— y no como acto inmediato anterior a la firma de ellos*», ya que «*la unidad de acto es para la firma, para el asesoramiento bien puede decirse que además de individualizado convendría que fuese distanciado, para un mínimo espacio temporal de reflexión*».

del notario alcance a la obligación de cerciorarse que, efectivamente, ambos otorgantes se han facilitado recíprocamente los datos bastantes sobre su estado patrimonial y financiero (46). En todo caso, la falta de cumplimiento tendrá las consecuencias que se desprenden del apartado 4 del artículo 231-20 (47).

A fin de asegurar, en la máxima medida posible, que las partes quieren realmente lo que van a suscribir, a pesar de que pueda resultarles perjudicial, en los principios ALI [Sección 7.04.1.3.b)] se establece que uno de los factores para considerar presuntivamente que el acuerdo ha sido libremente adoptado y que, por tanto, no es susceptible de anulación por vicio del consentimiento es la concurrencia de un asesoramiento profesional independiente para cada una de las partes, que garantice que ambos otorgantes van a estar adecuadamente instruidos sobre los efectos que va a provocar el pacto, esto es, las modificaciones que implica respecto al régimen que sería aplicable por defecto, incluyendo la eventual renuncia a adquirir, si se diera el caso, determinados derechos (48). Pues bien, este asesoramiento profesional es el que va a desarrollar el notario en los pactos en previsión de una ruptura matrimonial según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 231-20 (49).

Por otro lado, un cabal aquilatamiento del alcance de la modificación introducida por los pactos y de la potencial renuncia a la posible adquisición de derechos que, al fin y al cabo, están en función de la situación económico-patrimonial del matrimonio, constante este y a su disolución, solamente puede ser realizado desde el conocimiento suficiente de la situación patrimonial y financiera de uno y otro. La sección 6.a) 2 de la *Uniform Premarital Agreements Act* establece que la publicidad y comunicación recíproca del *status* económico de los futuros consortes deba ser considerada condición de eficacia del pacto, de modo que si este irroga un grave perjuicio a uno de los contratantes en el momento de su ejecución y este no dispuso ni pudo disponer de la suficiente información sobre

(46) Un análisis profundo y exhaustivo del alcance de este deber de información puede verse en SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, págs. 363-366.

(47) Tal como viene configurado en este precepto, la acreditación del cumplimiento cabal de este deber de información se erige como una carga previa que debe asumir aquel de los cónyuges que pretenda hacer valer el pacto y solicitar su incorporación a la sentencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 233-5. La pretensión de su eficacia queda sujeta al cumplimiento de esta especie de *onus probandi*. En este sentido, ver también REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, pág. 754, quien añade que, naturalmente, si la información no es veraz, el pacto carecerá de eficacia.

(48) También la Law Commission ha introducido en la lista de propuestas provisionales, bajo el número 8.12, la siguiente: «*a marital property agreement should not be treated as a such against a party who did not receive legal advice at the time when it was formed*», de manera que el asesoramiento legal previo de cada una de las partes se eleva a condición de exigencia del pacto por la otra. Ver *Consultation Paper*, núm. 198 cit., pág. 137.

(49) Para los pactos post-crisis fuera de convenio, el artículo 233-5.2 prevé que la falta de asistencia letrada independiente para cada uno de los cónyuges a la hora de suscribir el pacto es causa de ineffectuación del mismo.

la situación financiera y patrimonial de la otra parte ni renunció válidamente a este derecho de información, el pacto le sea inexigible (50). Como ha podido comprobarse, todo ello ha sido también recogido en el artículo 231-20.4 CCCat.

VI. ¿QUÉ SE PUEDE PACTAR? ÁMBITO OBJETIVO

Es innegable el empujón al progresivo e imparable proceso de privatización experimentado, desde hace ya algunos años, por el Derecho de Familia que ha supuesto la nueva regulación del Libro II del Código Civil de Cataluña, con su amplio reconocimiento a la capacidad autorreguladora de los cónyuges y, en especial, con el espaldarazo dado a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial. La cuestión, aunque más acotada, sigue siendo, no obstante, la de trazar, con la mayor precisión posible, los contornos del espacio en que puede desenvolverse la autonomía negocial de los consortes a la hora de concluir estos pactos preventivos, con la clara fijación de los límites que deben acatar. A partir del establecimiento del perímetro de su campo de acción, se podrá a entrar a valorar las concretas manifestaciones de la competencia autonormativa de los miembros de la pareja matrimonial.

1. LÍMITES DE ORDEN GENERAL

Los parámetros para su validez que deben respetar los cónyuges en la conclusión de estos pactos, en el marco de su autonomía de la voluntad, son, según la doctrina (51), de varios órdenes distintos:

- a) Los límites generales impuestos a todo acto de autonomía privada, y que se encuentran recogidos en el artículo 1255 CCE (ley, moral y orden público).
- b) Los requerimientos que se derivan de la naturaleza contractual de estos pactos, como la exigencia de que concurren los elementos que el artículo 1261 del Código Civil estatal estipula como esenciales (libre

(50) En términos más contundentes, se pronuncia la Law Commission en su recomendación provisoria 8.10, que eleva la revelación de la situación financiera de la otra parte como condición de validez del pacto: «*a marital property agreement shall not be treated as a qualifying nuptial agreements unless the party against whom it is sought to be enforced received, at the time of the making of the agreement, material full and frank disclosure of the other party's financial situation*».

(51) Ver, en este sentido, AGUILAR/HORNERO, *ob. cit.*, pág. 23; GONZÁLEZ DEL POZO, «Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)», en *Boletín de Derecho de Familia*, julio de 2008, pág. 13, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, *cit.*, págs. 86 y 87.

y consciente consentimiento, y objeto y causa lícitos), o de que se respeten las reglas atinentes a la forma.

- c) Los límites específicos que se imponen a la autonomía privada de los esposos en el marco concreto del Derecho de Familia, y dentro del de Familia, el matrimonial. Así dentro de este capítulo, cabría hacer referencia a la exigencia de que los pactos respeten la igualdad de derechos entre los cónyuges que dispone el artículo 32 de la Constitución española y, en el ámbito del Derecho estatal, el artículo 1328 del Código Civil español; a la prohibición de transigir sobre cuestiones matrimoniales o sobre alimentos futuros, contenida en el artículo 1814 del Código Civil estatal; a la ineficacia de los pactos que no sean conformes con el interés superior de los hijos menores, que consagran los artículos 233-3.1 y 233-5.1 del Código Civil de Cataluña, ineficacia esta que, en el ámbito del Derecho estatal, es extendida por el artículo 90.2 del Código Civil estatal a los pactos que sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y, por último, a la protección integral a los hijos que proclama y exige el artículo 39 de la Carta Magna.

Más allá de estos límites de orden general, cuya beligerancia concreta respecto a los pactos pre-crisis matrimonial es, en su caso, objeto de atención en los distintos apartados de este trabajo, toca aquí hacer alusión a la previsión que alberga el artículo 231-20, en su tercer párrafo, a cuyo tenor cualquier pacto por el que se excluyan o limiten derechos de los cónyuges debe venir presidido por las reglas de reciprocidad y claridad.

Como bien señala SERRANO DE NICOLÁS (52), la disposición implica, ya de entrada, que la ley catalana admite que se pueda renunciar a la adquisición futura de derechos que podrían ser objeto de atribución a uno de los cónyuges si, en el momento de la ruptura, se dan las circunstancias que prevé la ley para su concesión (53) y, naturalmente, también limitarlos, sin llegar a eliminarlos. Eso sí, *ultra* las limitaciones que la regulación legal prevé para cada uno de los supuestos concretos, la validez de estos pactos de exclusión o limitación de derechos que pudieran surgir en cabeza de uno de los cónyuges por mor de la situación de ruptura de la convivencia matrimonial se sujeta al cumplimiento de los criterios de reciprocidad, claridad y precisión.

Los dos últimos básicamente conllevan que la renuncia o limitación de derechos se realice de forma inequívoca (54), esto es, que quede claro que

(52) *Ob. cit.*, pág. 367.

(53) No de otro modo hay que entender el término empleado por el texto legal, sino como exclusión de la ley aplicable *ex* artículo 6.2 CCE.

(54) En esta línea se pronuncia la STS de 10 de mayo de 2009 (*RJ* 2009/1637), que no acoge la tesis del recurrente, según la cual la aceptación por parte de la esposa del régimen de separación de bienes, asumiendo expresamente la obligación de subvenir a sus propios

se renuncia o que se limita, y la forma en que esa renuncia o limitación va a producirse y, por la forma en que ha quedado redactado el último inciso del párrafo 3.^º del artículo 231-20, me parece que cabría defender que, además, debe ser realizado de modo expreso, sin que quepa una declaración tácita, pues a esa inteligencia parece llevar que se demande por el precepto en cuestión que «se precisen con claridad los derechos que se limitan o a los que se renuncia». La precisión requerida para la determinación de los derechos que van a ser objeto de exclusión o limitación impide que pueda considerarse válida una renuncia genérica a todo derecho que pudiera surgir como consecuencia de la ruptura conyugal (55).

La reciprocidad implica igualdad de criterios para ambos cónyuges en la exclusión o acotación de los derechos. Evidentemente, conllevará la nulidad de cualquier renuncia o modulación de, por ejemplo, la pensión compensatoria o de la compensación económica por razón de trabajo realizada solo en relación con uno de los cónyuges. Pero, más allá de estos casos extremos de evidencia aplastante, la regla de reciprocidad exige, como acertadamente ha puesto de manifiesto SERRANO DE NICOLÁS, no tanto una igualdad cuantitativa en la aplicación de porcentajes de participación en las ganancias, rentas e ingresos procedentes de toda suerte de negocios, actividades y, en general, fuente de rendimientos cuanto una equivalencia cualitativa y cuantitativa en la fijación de los criterios o reglas de la participación en los rendimientos obtenidos por el otro, por razón, por ejemplo, de la naturaleza, origen o características del negocio o derecho que se halla en la base del incremento o ganancia a repartir en su caso. Lo que cuenta es que, una vez determinado, el criterio sea idéntico para ambas partes, aunque, en el momento en que se pacte, solo lo sea en potencia para una de ellas (56).

gastos con total autonomía e independencia respecto de su marido, solamente podía entenderse como una renuncia por su parte a reclamar cantidad alguna.

(55) Así, desde esta perspectiva, una cláusula como la valorada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 1 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/118887), no superaría el control de validez *ex articulo 231-20.3 CCCat*. En efecto, según esta cláusula, contenida en capítulos matrimoniales otorgados diez días antes de la celebración de las nupcias, «en caso de separación, divorcio o nulidad, quieren expresamente que no haya derecho a compensación alguna por razón del matrimonio o convivencia conyugal». Tampoco lo pasó para la Audiencia Provincial de Girona en la resolución de 2004 citada: aunque los argumentos fueron dirigidos básicamente a la nulidad de la renuncia de derechos futuros (argumentos que han sido ya superados no solo desde la doctrina sino también desde la ley que autoriza de forma expresa la renuncia a derechos que aún no han sido adquiridos), también encontramos alguna alusión al hecho de que se trate de una renuncia genérica como una razón más para decantarse por su nulidad.

(56) *Ob. cit.*, págs. 368-369. Y lo aclara con un ejemplo: «así, podría lícitamente pactarse que los rendimientos de las imposiciones bancarias a plazos sean al 50, 30 o porcentaje que pacten de uno respecto de los rendimientos obtenidos por el otro, pero, sin embargo, podrían fijar otro porcentaje o excluir la participación en los ingresos procedentes

Se entiende que esta exigencia de reciprocidad en los acuerdos de renuncia o modulación de derechos no deja de ser una derivación del principio de igualdad conyugal (57). Seguramente, en el trasfondo de esta decisión legislativa de requerir no solamente claridad (58) sino también reciprocidad late el propósito del legislador de procurar que la amplia libertad normativa concedida a los cónyuges para la configuración de sus relaciones en el núcleo de la familia no se traduzca en una desigualdad de trato entre ellos en lo tocante a renuncia y limitaciones de derechos, por muy querida que esta desigualdad haya sido. La especial naturaleza de las relaciones establecidas a partir del proyecto de comunidad vital que supone todo matrimonio hace que no sea infrecuente que uno de los cónyuges ostente una posición de mayor fuerza respecto del otro, que le permita imponer en el seno de la relación su voluntad en detrimento de la del otro, pasando de la autodeterminación de este a la imposición de un contenido contractual que responde únicamente a los designios del cónyuge fuerte (59).

*de la titularidad de bienes adquiridos por herencia o que ya se hubiesen adquirido antes del matrimonio, etc.». Una muestra de este tipo de pactos nos lo ofrece el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/175675), que, entre otros aspectos, dilucida la validez de un pacto prenupcial contenido en capítulos matrimoniales otorgados tres días antes de la boda, en el que se convino lo que sigue: para el «caso de separación judicial y/o divorcio a los efectos de la posible compensación económica por razón del trabajo prevista en el artículo 41 en ningún caso se tendrán en cuenta para valorar la desigualdad entre el patrimonio de ambos cónyuges los siguientes bienes: a) los bienes muebles e inmuebles de cualquier tipo, incluidas acciones y participaciones sociales, que hayan sido adquiridos a título gratuito por cualquiera de ellos y cuya titularidad sea exclusiva de uno de los cónyuges. b) los bienes muebles e inmuebles de cualquier tipo, incluidas acciones y participaciones sociales, y excepto el dinero efectivo, que hayan sido adquiridos a título oneroso por cualquiera de ellos y cuya titularidad sea exclusiva de uno de los cónyuges. En ningún caso la compensación económica a que pudiera tener derecho cualquiera de los cónyuges, dará derecho a reclamar su pago mediante la entrega de bienes concretos cuya titularidad sea exclusiva del otro cónyuge», que la sentencia estima válido, apreciando, entre otros aspectos, que «las obligaciones contenidas en tales pactos son recíprocas para ambas partes, de manera que se cumple también el principio de igualdad conyugal».*

(57) REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, págs. 742-743. También lo ve de este modo la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 23 de marzo de 2010, antes citada.

(58) Lo que sí es criterio general cuando se trata de renuncia de derechos.

(59) En este sentido, lanza también sus advertencias EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 4559-4560. Por su parte, AGUILAR/HORNERO, *ob. cit.*, págs. 28-29, postulan una función reequilibradora del Derecho en aquellos casos concretos en que una situación de falta de paridad entre los cónyuges, a nivel económico, psicológico u otro, justifique el amparo de la parte más frágil de la relación. Así—dicen estos autores— debe quedar asegurado el principio de igualdad del artículo 32 CE si las consecuencias concretas del pacto conyugal, aunque celebrado al amparo de la capacidad de autorregulación de los esposos, llevan a imaginar una situación de abuso de poder o de «déficit democrático», en una expresión que toman prestada de DELL'UTRI. Y esta es la razón de fondo que ha esgrimido el Tribunal Constitucional alemán en dos sentencias de 2001 (6 de febrero y 29 de marzo), muy citadas por la doctrina italiana, en las que niega la eficacia de un pacto prematrimonial en el ordenamiento europeo con mayor tradición en este tipo de pactos, el alemán, atendiendo a la posible vulneración de derechos

La necesidad de respetar la regla de reciprocidad en los pactos de exclusión o limitación de derechos que impone el artículo 231-20.3 permite evitar ese riesgo en una parte importante de los posibles pactos a concluir. Parece, pues, que el afán de protección de la parte débil de la relación se hallaría en la base de esta exigencia legal. De todos modos, no se trata esta de una cuestión fácil de resolver. En otros ámbitos en los que el respeto de una mínima justicia distributiva reclama que el legislador preste una específica tutela a la parte débil de la relación, resulta que esta parte débil ocupa siempre la misma posición y es identificable con carácter general y objetivo en cualquier relación concreta de las que se encuentran en el ámbito de aplicación de la legislación protectora: consumidor y usuario, trabajador por cuenta ajena, etc. Ello no es así en las relaciones de pareja, sea matrimonial o extramatrimonial: aunque es cierto que factores sociales y culturales habían colocado a la mujer en una posición de quasi-constante sumisión al marido y, por tanto, era factible identificarla como la parte débil de la relación matrimonial, hoy en día ya no es siempre así, y aún más desde la admisión del matrimonio homosexual, aunque pueda seguir siendo lo más frecuente en los matrimonios entre personas de distinto sexo en los que no se produce la deseable situación de igualdad y paridad de fuerzas entre los cónyuges. Por tanto, la identificación del cónyuge débil o perjudicado deberá hacerse en relación a cada matrimonio y cónyuge (60).

Cierto es que la norma solo exige este carácter recíproco en cuanto se refiere a exclusión o limitación de derechos. No parece, pues, que el legislador haya querido extender este supuesto a otros casos, en los que, por ejemplo, se amplíe el derecho respecto a lo que correspondería en una aplicación estricta de lo previsto en la ley. Por tanto, habría que pensar que el legislador ha querido dar por buena la decisión común de los cónyuges de beneficiar especialmente a uno de ellos, si ello no supone una exclusión o limitación de derechos para el otro (y se refiere, claro está, a los derechos que podrían, en su caso, generarse a su favor a raíz de la crisis conyugal, y no a cualesquiera otros) (61). Desde mi punto de vista, la tensión entre libertad contractual e igualdad entre partes se resuelve en este caso en favor de la primera, porque —se entiende— la segunda no puede imponer, automáticamente, un efecto de espejo en las respectivas posiciones de los cónyuges. Amén que eso es, en

fundamentales de uno de los cónyuges, *ad casum* la mujer, ya que pudo apreciarse, por las circunstancias del caso particular (embarazo de la mujer, fuerte disparidad económica entre ambos...), que hubo una imposición unilateral del marido del contenido del contrato, por el que se asignaron las cargas contractuales solo a la mujer, con lo que —se estimó— procedía el control judicial para su revisión.

(60) SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 350.

(61) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión...*, cit., pág. 356, opina que se trata de una deficiencia de la norma y que, tal vez, una interpretación flexible de la misma, con apoyo en la equidad, pudiera justificar una extensión.

algunos aspectos, lógicamente imposible (62), a mi juicio, dentro de la capacidad autonormativa que a los cónyuges reconoce la ley, cabe perfectamente una configuración asimétrica de sus relaciones, siempre y cuando ello no implique la renuncia o limitación de derechos legalmente concedidos ni se construya de tal modo que pueda apreciarse un grave desequilibrio entre las posiciones conyugales que quepa identificar como atentatoria del principio de igualdad entre los cónyuges que proclama el artículo 32 CE.

Parece que los grandes criterios decantados por la doctrina (63) pasan por la validez en términos generales de los pactos atinentes a cuestiones patrimoniales del matrimonio en su relación horizontal, con el respeto de ciertos límites (que, como hemos visto, van algo más allá de los propios de la autonomía contractual por la especial imbricación en esta materia del Derecho de familia) y, por el contrario, por la ilicitud de aquellos que atañen a las facetas personales del matrimonio. En todo caso, los contornos de todas estas afirmaciones de carácter genérico solo pueden ser debidamente medidos en la apreciación casuística de los distintos pactos que cabría acordar, aunque —hay que adelantarla ya— resulta impracticable cerrar una formulación tipológica en este sentido. No obstante, un análisis algo más concreto, aunque —reitero— sin pretensiones —que serían irrealizables— de exhaustividad, puede hacerse a partir de la indicación de algunos casos que, con afán orientador, se irán desgranando conforme se desarrolle el posible contenido de estos pactos, al hilo de lo dispuesto en el Libro II.

2. EL POSIBLE CONTENIDO DE LOS PACTOS

Al abordar el análisis del posible contenido de los pactos, a la vista de la regulación del Libro II del CCCat, cabe distinguir entre los pactos que conciernen única y exclusivamente a los cónyuges, sea sobre aspectos personales o sobre cuestiones económicas, y los pactos que inciden sobre otras personas, más concretamente, sobre los hijos sujetos a potestad.

(62) Como bien pone de relieve MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión...*, cit., pág. 356, un pacto, por ejemplo, de atribución del uso de la vivienda conyugal va a implicar, por definición, que el otro consorte hace dejación de su eventual derecho de uso. Sobre las posibilidades a este respecto, ver *infra*.

(63) Ver, en este sentido, GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., págs. 3 y 4, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 108.

A) *Pactos relativos a los cónyuges*

Dentro de los pactos intraconyugales, conviene diferenciar entre los que se ocupan de la esfera personal del matrimonio, sea en su desarrollo sea en su finalización, y los que miran a la vertiente económica.

a) *Pactos sobre aspectos puramente personales*

Este tipo de acuerdos, en los que los otorgantes buscan una ordenación anticipada de ciertos efectos personales en una hipotética separación o divorcio, no suelen darse con asiduidad en nuestra praxis, ya de por sí aún no excesivamente fecunda en pactos prematrimoniales. Además no han sido objeto de tratamiento específico en el CCCat que, de hecho, ni alude a ellos. Aun así, pueden darse, y bueno es plantearse su licitud o ilicitud.

En términos generales, se suele apostar por su falta de validez, atendido que, como norma, suelen incidir en el ejercicio de derechos y libertades fundamentales de los cónyuges (64).

Veamos algunos de ellos:

i) *Acuerdos que inciden sobre la libre elección de domicilio*

Un pacto que pudiera vulnerar la libre elección de domicilio tras la crisis se entiende inválido por infringir el artículo 19 de la Constitución española. Lo sería por el motivo indicado, por ejemplo, un pacto por el que una de las partes se compromete a no residir en el mismo lugar si se produce el divorcio o separación o, en general, cualquier pacto que coarte la libre decisión sobre el lugar de residencia de cualquiera de los cónyuges, a través de la exclusión o imposición de residencia en una determinada zona. Y es que, en efecto, implica una intolerable limitación de un derecho fundamental como lo es la libertad de residencia consagrada en el artículo 19 de la Constitución española, lo que conlleva su ilicitud y, por consiguiente, su falta de validez y eficacia en Derecho (65). Así lo entendió la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 6 de marzo de 1998 (*AC 1998/5174*), que declaró ilícita por vulneración del artículo 19 CE y, por tanto, no susceptible de aprobación judicial una es-

(64) GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 3. Para una enumeración prolífica de posibles pactos en esta esfera, ver GONZÁLEZ DEL POZO, «*Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)*», en *Boletín de Derecho de Familia*, septiembre de 2008, págs. 2 y 3, que los reputa nulos por contrarios al orden público matrimonial o incluso al orden público constitucional.

(65) GARCÍA RUBIO, *ob. últ. cit.*, pág. 3.

tipulación del convenio regulador que supeditaba al mantenimiento del *status* residencial de la madre la conservación de la función de guarda sobre la hija común que en el convenio le era encomendada, estableciendo que el cuidado de la menor pasaría automáticamente al padre, sin control judicial alguno, si la madre llegaba a establecer su domicilio fuera de la Comunidad Autónoma. Por su parte, en Estados Unidos no se alberga duda alguna sobre la nulidad de esta modalidad de pactos (66).

ii) Pactos sobre los deberes conyugales

Ciento es que la acotación, al menos deseada y así convenida, de las facultades, conductas y deberes específicos de los denominados efectos personales del matrimonio, a partir de la extensión general y abierta en que aparecen mencionados en la ley, o bien su expulsión en el contexto de su concreta relación no forman parte, *strictu sensu*, de una convención anticipada de los efectos de la separación o divorcio, sino que se trata de pactos tendentes a modelar la vida y relación conyugal constante matrimonio (67).

En todo caso, se ha argüido por la doctrina el carácter indisponible de estos deberes conyugales que la ley incorpora al *status* matrimonial como contenido básico del mismo (art. 231-2 del Código Civil de Cataluña, y arts. 66 y 67 del Código Civil español) para justificar la enemiga a esta modalidad de pactos. MARTÍNEZ ESCRIBANO (68) ha puesto de manifiesto que probablemente no es fortuita la imprecisión en el reconocimiento legal de estos deberes legales, sino que obedece al designio del legislador de facilitar una continua acomodación de los deberes a las circunstancias del matrimonio, y una convención que restrinja esta ductilidad no se ajustaría al objetivo primario de la ley.

Por ese motivo, tampoco me parece admisible cualquier acuerdo para establecer una especie de cláusula penal a cargo del cónyuge infractor de los deberes conyugales especificados convencionalmente y consistente en la obligación de pagar una determinada suma de dinero (o cualquier otra prestación de orden económico) si la infracción conyugal ha desembocado en una separación o divorcio.

(66) Ver MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 109, nota 7, y *Pactos prematrimoniales*, cit., pág. 103, nota 29.

(67) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 108, destaca, a este respecto, cómo los tribunales estadounidenses no sancionan este tipo de pactos, bajo la premisa que en el Derecho norteamericano la autonomía contractual de la pareja solo puede ser desplegada respecto a los aspectos económicos de la relación conyugal, pero no en cuanto a los deberes matrimoniales, y pone el ejemplo de la sentencia *Favrot vs Barnes*: se trata de un caso en el que los consortes habían pactado, a insistencia del esposo, la periodicidad de sus relaciones sexuales y más tarde el marido adujo que la esposa no había cumplido con su parte del trato. El pacto no fue reconocido como válido, por los motivos antes indicados.

(68) *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 109.

A favor de esta posibilidad se muestra un importante sector de la doctrina que se ha ocupado de estudiar estos pactos (69). Sin embargo, en mi opinión, los deberes conyugales que componen el sustrato básico del proyecto de *consortium omnis vitae* en que consiste —todavía— el matrimonio prácticamente agotan toda su utilidad (tras la definitiva abolición, en nuestro ordenamiento jurídico, de los últimos vestigios del divorcio por culpa) en constituir la base para apreciar la concurrencia del consentimiento matrimonial en el acto de celebración, de manera que una voluntad de contraer matrimonio, con exclusión de todos (o de casi todos) aquellos deberes, muy probablemente debiera llevar a la conclusión de la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial. Más allá de ello, los denominados deberes conyugales no debieran desplegar otros efectos directos, porque atañen a conductas que se mueven en el terreno de lo extrajurídico. Como bien destaca LÓPEZ DE LA CRUZ (70), «*hay ciertos comportamientos que no pueden ser exigidos, al menos jurídicamente: derecho a que te quieran, derecho a tener relaciones sexuales, derecho a convivir, derecho a compartir las penalidades...*».

Y es que nos tropezamos aquí con un derecho fundamental, el de la libertad de las personas, que se recoge y tutela en el texto constitucional, y que no podría quedar modulado o restringido a través de la imposición, por la vía de la indemnización, de comportamientos tan estrechamente conectados a la esfera más íntima de cada persona, como lo son la mayor parte de los deberes matrimoniales, y, en especial, el de fidelidad o lealtad. En nuestro sistema jurídico, se ha optado, acertadamente a mi juicio, por basar el inicio y la permanencia de la relación matrimonial en la presencia constante de la libertad/voluntad. El matrimonio se sostiene, de principio a fin, sobre el pilar del consentimiento mutuo y permanente de las dos personas que lo integran. Por ello, se ha desterrado —como digo— definitivamente cualquier atisbo de culpa en el divorcio o separación: no tendría sentido ni sería coherente con el actual modelo matrimonial.

En un sistema como este, en el que el derecho a salir de una relación matrimonial, provocando su extinción, ha quedado englobado entre aquellos que garantizan la libertad del individuo, no parece que deba encontrar acogida una nueva manera de sancionar al cónyuge a través de la imposición de penas pecuniarias o, en general, de orden patrimonial en función de su conducta estrictamente personal (71), ni siquiera cuando estas penas son voluntariamente asumidas. Y es que la conformación del matrimonio como un proyecto de comunidad vital asumido y mantenido voluntariamente acarrea la incoercibilidad

(69) GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales* (II) cit., pág. 4; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales* cit., págs. 99-103, con amplia justificación; SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 106.

(70) «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», en *Indret* 4/10, pág. 28.

(71) LÓPEZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 31.

de los deberes conyugales en los que se sostiene, con lo que toda pretensión que se encauce a obtener su ejecución, *in natura* o por equivalente, choca frontalmente con su naturaleza. Estando ante obligaciones que únicamente pueden ser cumplidas por espontánea determinación de uno y otro consorte sería incoherente que cupiera establecer fórmulas de compulsión indirecta (72).

Y no cabe, a mi modo de ver, argüir razones basadas en el principio de libertad contractual, porque, en cualquier hipótesis, este debe ceder ante otras reglas de mayor valía, como sería, en este caso, la de la libertad personal de los cónyuges, que no puede verse en estos términos coartada, ni siquiera por vía indirecta, en una esfera tan estrechamente imbricada en la singular concepción de la vida que cada cual tenga.

Naturalmente, otra cosa es que el incumplimiento de los deberes conyugales conlleve la vulneración de derechos fundamentales del otro cónyuge (por ejemplo, el derecho a la intimidad personal) o, más allá de su simple desconocimiento, las circunstancias de su infracción permitan identificarlo como un acto ilícito productor de daños jurídicamente resarcible (73).

iii) Pactos que afectan a la facultad de instar la separación o divorcio

Asimismo todos aquellos pactos que incidan, directa o indirectamente, sobre el derecho a separarse o divorciarse también han de ser considerados inválidos. Será, por tanto, nulo un pacto tendente a fijar un elenco de causas para el divorcio, recortando la facultad de instarlo con la restricción a determinados supuestos, por ejemplo, el incumplimiento de deberes conyugales (los denominados pactos de *covenant marriage*). A mi parecer, también lo serían acuerdos que incluyeran cláusulas penales destinadas a producir sus efectos en caso de que una de las partes promueva el divorcio (74). Y ello es así porque afectan a

(72) FERRER RIBA, «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», en *InDret*, 4/2001, pág. 14.

(73) Tal sería, por ejemplo, el caso de la sentencia del Tribunal de Florencia, de 13 de junio de 2000, citada por LÓPEZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 22, en el que el marido descuidó totalmente a su mujer, que padecía una afeción psíquica que la llevó a encerrarse durante más de tres años en una habitación de su vivienda, sin que tampoco advirtiera a otras personas (de su familia, por ejemplo) de su estado y situación, con lo cual impidió que la mujer pudiera ser debidamente atendida. En mi opinión, no es únicamente que no cumpliera con su deber de socorro y auxilio en cuanto marido, sino que el incumplimiento de ese deber, en tales circunstancias, provocó unos daños que hubieran podido ser evitados con una diligencia mínima, solo advirtiendo a los servicios públicos o a la familia de su situación. En cambio, si hubiera adoptado tal conducta, solicitando a continuación la separación o divorcio, no hubiera sido posible, en mi opinión, solicitar y obtener indemnización alguna por incumplimiento del deber de socorro, por los motivos expuestos en texto.

(74) Ver sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623). En contra, GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 4.

materias de orden público y, por tanto, indisponibles por los particulares, con lo que queda excluido del campo de la autonomía de la voluntad cualquier convención sobre estos aspectos.

La Constitución española establece una reserva de ley para regular tanto el ingreso como la salida del *status matrimonial* (art. 32 CE). Del mismo modo que no se admitiría una fórmula convencional que alterase de algún modo (condicionando, ampliando, restringiendo, excluyendo) el acceso al matrimonio de cualquiera de los otorgantes, no cabe tampoco permitir que estos mismos particulares puedan alterar por pacto las condiciones legalmente establecidas para la extinción de una relación conyugal concreta (75).

Se trata de un derecho concedido a los cónyuges, el de poder solicitar la separación o divorcio, que no puede ser sometido por los individuos a mayores cortapisas que las que dispone el ordenamiento, y estas trabas no pueden venir solamente por la vía de su directa exclusión o limitación por pacto, sino también por la vía más oblicua de atribuir consecuencias económicas en forma de penalización privada al ejercicio de un derecho reconocido por la ley en una materia que solamente el legislador puede modelar y modular. Excluir, restringir o condicionar de algún modo esa manifestación de la libertad personal de cada individuo no queda justificado por el siempre tan ensalzado principio de autonomía privada o libertad contractual. Por tanto, quedan fuera del alcance de aplicación de la capacidad autonormativa de los cónyuges los pactos en los que los cónyuges acuerdan el pago de un resarcimiento en caso de ruptura (76).

b) Pactos sobre aspectos de contenido patrimonial

Los pactos relativos a las consecuencias económicas de la crisis son, sin duda, los más comunes. En realidad, son los únicos que se admiten en la praxis estadounidense (77) y los estudios y propuestas de la Law Commission del Reino Unido se ciñen a los *marital property agreements*, ya que, estando en liza la misma posibilidad de admitir la validez y eficacia de los *ante-nuptial contracts* con vocación única y exclusivamente patrimonial, la eventualidad de

(75) En este sentido, también, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales* cit., pág. 90, y SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 337.

(76) En contra, GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 4, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales* cit., págs. 91-97, con extenso razonamiento acerca de los límites y parámetros dentro de los cuales podría acordarse lícito un pacto de estas características.

(77) Así se arbitra en la Sección 3 de la *Uniform Premarital Agreements Act*.

un acuerdo sobre las obligaciones conyugales queda excluida de antemano de modo que ni tan siquiera llega a plantearse (78).

Tratándose de acuerdos que inciden en asuntos de naturaleza económica que únicamente conciernen a los esposos, es comúnmente admitida, como norma, su validez, al incidir sobre materia que, de entrada, merece la calificación de disponible por los particulares, con los límites, claro está, que a la autonomía de la voluntad impone el ordenamiento jurídico y que, en el campo de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, a caballo entre el Derecho de contratos y el Derecho de familia, exigen una medición más cuidadosa y rigurosa que la que pueda ser requerida en otros ámbitos estrictamente contractuales. Esta posición ha encontrado respaldo positivo en el Libro II del CCCat.

De las diferentes modalidades de pactos que encuentran referencia explícita en el CCCat (79), se va a parar cierta atención en aquellas que, a mi juicio, pueden presentar, en la práctica, una mayor tipicidad y/o novedad.

i) Referentes al régimen económico-matrimonial: la compensación económica por razón de trabajo

Un pacto que recaiga sobre este aspecto (modulación o incluso renuncia a la compensación económica) puede ser considerado como un caso de simple estipulación en capitulaciones matrimoniales sobre el régimen económico pactando, en su caso, uno distinto, o parcialmente distinto, al previsto legalmente como supletorio. Es lo que ha entendido, a mi parecer, el legislador catalán en el artículo 232-7, en el que se permite acordar el aumento, la reducción o incluso la exclusión de la compensación económica, para los supuestos de ruptura matrimonial o disolución del matrimonio por muerte.

No cabe, pues, duda que queda admitida su renuncia (80). Obviamente, como de otro modo no podía ser, tras dar respaldo a la posibilidad de una dejación total y anticipada de la compensación, la ley autoriza también a que pueda ser reducido el importe que correspondería, en su caso, en aplicación de las reglas legales para su determinación, aplicando, por ejemplo, un porcentaje de minoración en lo que resulte de ese cálculo, al mismo tiempo que da cabida a la posibilidad de su incremento superando el límite de la cuarta parte

(78) De esa misma perspectiva parte PICHONNAZ, *ob. cit.*, pág. 1055 cuando examina la admisibilidad de la planificación anticipada del divorcio en Derecho suizo.

(79) Puede verse una enumeración de los preceptos del CCCat en que se realiza una expresa admisión de distintas modalidades de pactos en SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 370.

(80) En contra, bajo la legislación anterior, LÓPEZ BURNIOL, *Comentario al artículo 15 CF*, *cit.*, pág. 158, y EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 4571. A favor ya en su momento, ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis...*, *cit.*, pág. 2134.

que establece la ley (81). A mi modo de ver, entraría dentro de los pactos que contempla el artículo 232-7 el acuerdo por el que se modifican las bases de cálculo que vienen establecidas por la ley (82).

En todo caso, lo que no parece encontrar acogida en el artículo 232-7 es un pacto por el que se excluya el requisito básico y presupuesto esencial de un incremento patrimonial superior del cónyuge deudor (83). Entre las distintas posibilidades dispuestas por el precepto examinado, no se encuentra la de poder establecer la compensación aun en caso que no se dé aquel aumento entre masas patrimoniales, probablemente porque en este caso se desnaturalizaría la figura, pasando a tratarse de cosa distinta cuyo análisis debería realizarse fuera de los preceptos que el CCCat destina a la compensación por razón de trabajo en sede del régimen de separación de bienes (84). Lo mismo cabría argüir —me parece— en lo que respecta al resto de requisitos que se exigen por el artículo 232-5.

En cuanto a la posibilidad de establecer una cantidad fija para la indemnización, tendría, en cualquier hipótesis, el límite antes establecido, esto es, no podría implicar el establecimiento de una deuda a cargo del cónyuge con un menor incremento patrimonial y, por tanto, de un crédito en favor del cónyuge que correlativamente ha gozado de un aumento superior de sus bienes. Sí cabría, dentro de esos términos, un pacto que estableciera esa cantidad solo en favor de uno de los cónyuges, siempre que no implicara, en la realidad, una limitación unilateral de su derecho ni supusiera renuncia del otro cónyuge, lo que contravendría las exigencias del artículo 231-20.3. Cumplido esto y si se dieran las condiciones necesarias (que resultara acreedor a la compensación), el pacto podría ser válido y exigible, siempre respetando todos los condicionantes que están previstos en el artículo 231-20. En otro supuesto, el que podría reclamar el pago de la compensación sería el otro cónyuge, aquí con aplicación de lo que se establece en la ley para el caso de crisis ya producida. Por todo ello, no parece en exceso adecuado ni útil la estipulación de pactos así, con estipulación

(81) En este sentido, SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 381.

(82) También lo entiende de este modo MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión...*, *cit.*, pág. 357. Un ejemplo de esta clase de pactos lo brinda la sentencia ya mencionada de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2010.

(83) NASARRE AZNAR, «La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», en BARRADA-GARRIDO-NASARRE (coords.), *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pág. 260, y SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 380.

(84) Eso es lo que ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 25 de abril de 2002 (*JUR* 2003/231109), en la que se sanciona la validez y eficacia de un pacto, concluido con ocasión de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas constante matrimonio, en el que se convenía, en una cantidad fija, el importe de la indemnización *ex artículo 1438 CCE* a favor de la mujer, sin exigir ni tan siquiera la concurrencia de los mínimos requisitos.

de cantidades fijas, pactadas en una situación y circunstancias que probablemente no serán las mismas en el momento de la ejecución del pacto (85).

ii) Sobre la prestación compensatoria

El artículo 233-16 del Código Civil de Cataluña permite expresamente pactar sobre la modalidad, la duración, la cuantía y la extinción de la pensión compensatoria, y, por tanto, cualquier pacto sobre esos aspectos debe ser considerado *ab initio* válido, siempre que respete los límites establecidos por el mismo Código.

Por tanto, de la nueva regulación se deduce que es posible pactar en relación con la prestación compensatoria:

- a) Su modalidad: si se pagará en bienes o en dinero, o de forma combinada; a tanto alzado o en forma de pensión, pudiendo asimismo convenir ya su periodicidad.
- b) Su cuantía: podrían las partes, por ejemplo, vincular en cierto modo la cuantía de la pensión a los años de vida matrimonial o fijar un mínimo o un máximo dentro del cual debería determinarse la pensión. Más dudas podría plantear la posibilidad de establecer una cantidad prefijada de antemano, a cargo de quien resultare ser deudor. A pesar de ser poco aconsejable, no veo razones de peso que impidan *a priori* y con carácter general la licitud de tal pacto, sobre todo si se toma la precaución de dejar sentada la situación económica actual de ambos cónyuges con base en la cual se ha determinado y se pacta que la cantidad podrá ser exigida si, en el momento de ejecución del pacto, tal situación es mantenida.
- c) Su duración: cabe establecer de antemano, pues, el periodo de tiempo en que va a ser pagada la pensión; incluso podría pactarse como indefinida, aun cuando no concurrieran las circunstancias excepcionales que requiere el artículo 233-17.4 CCCat.
- d) Su extinción: se trataría básicamente de pactos dirigidos a variar el contenido del artículo 233-19, con la modulación, supresión o adición de causas de extinción.

En todo caso, lo que no cabe es pactar la exclusión de la concurrencia del requisito esencial para la prestación, esto es, la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges producido en virtud de la ruptura matrimo-

(85) Ciento es que si se dan los parámetros del artículo 231-20.4 podrá obtenerse la revisión judicial del pacto, pero ello no quiere decir, naturalmente, que siempre que las circunstancias difieran pueda obtenerse tal revisión.

nial (86), porque en ese caso, como ocurre con la compensación por razón de trabajo, estaremos ante un pacto distinto, y no sobre la prestación compensatoria.

También se admite su renuncia, pero es objeto de un trato específico en el artículo 233-16.2. Con carácter general, un pacto sobre la prestación compensatoria debe respetar, como todos los que se otorguen en previsión de una ruptura matrimonial, el límite genéricamente impuesto por el artículo 231-20.3, que exige siempre la reciprocidad de los pactos de exclusión o limitación. Con carácter específico, el artículo 233-16.2 del Código Civil de Cataluña dispone la ineficacia de los pactos de renuncia a la prestación compensatoria si se dan ciertas condiciones (87).

Lo que nos viene a decir este precepto es que si, a través de la prestación compensatoria, se satisfacen las necesidades vitales del cónyuge acreedor, en la medida en que sirva a esa satisfacción, no puede ser renunciada (88). Dicho de otro modo, se quiere impedir lo que, en el fondo, vendría a ser una renuncia anticipada de un derecho de alimentos, lo que viene vedado por los artículos 151 y 1814 del Código Civil español y el artículo 237-12.1 del Código Civil de Cataluña. Ello comporta también, en mi opinión, que la ley otorga a la prestación compensatoria una naturaleza híbrida, compensatoria y asistencial, y en la parte en que cumple esta última función es irrenunciable. Se ha indicado que lo que la ley persigue es impedir que, a raíz de la crisis y quiebra de la convivencia y relación matrimonial, uno de los esposos se vea abocado, sin remisión (por una dejación de sus eventuales derechos realizado en un tiempo quizá muy anterior al momento en que se produce la situación efectiva de ruptura y consiguiente necesidad), a una situación de penuria económica al carecer de medios propios bastantes para su subsistencia (89).

La norma se refiere a la cláusula de renuncia a una eventual percepción de la prestación compensatoria en caso de crisis matrimonial. A mi modo de ver, lo establecido en el precepto debe ser extendido también a aquellas cláusulas de limitación pactada si pone en riesgo la cobertura de necesidades básicas.

En todo caso, se dispone que la restricción de eficacia solo será aplicable a los pactos que no hayan sido incorporados a una propuesta de convenio regulador. Ello es de este modo porque si ambas partes han consentido en integrar el pacto en el clausulado de la propuesta de convenio regulador, el acuerdo ha dejado de ser un pacto previo para pasar a ser otra cosa, y justamente parte

(86) En sentido parecido, GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales* (II), cit., pág. 5.

(87) Algo parecido, aunque no idéntico, se dispone en la Sección 6.b) de la *Uniform Premarital Agreements Act*, y se recomienda en la proposición 8.18 del informe de la *Law Commission*.

(88) Ya lo había defendido así antes del Código Civil de Cataluña, EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 4566.

(89) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 4566.

integrante de un convenio regulador de una crisis ya producida. Certo es que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, no sería quizá necesario especificarlo, pero, desde una perspectiva más práctica, esta precisión probablemente preste su utilidad, evitando alguna interpretación indeseada por el legislador.

Deja bien claro la disposición que el pacto será ineficaz en la medida en que quede comprometida la posibilidad de atender las necesidades básicas del cónyuge acreedor; por tanto, la ineficacia puede ser total o parcial, y se mantendrá en tanto la situación de necesidad persista, no en otro caso (90).

Con ello resulta evidente que la fijación de la definitiva eficacia de un pacto concluido con anterioridad a la situación de ruptura matrimonial solamente podrá ser establecida cuando se haya producido la crisis matrimonial y, en su virtud, se pretenda por alguno de los cónyuges su cumplimiento. Solo en ese instante podrá apreciarse si el acuerdo es respetuoso con los límites que el ordenamiento impone a la autonomía de la voluntad, en especial el impuesto por el artículo 233-16.2 del Código Civil de Cataluña, de no poner en riesgo la posibilidad de proveer a las necesidades vitales del consorte acreedor (91). Evidentemente también puede pasar a la inversa: que la pensión pactada sea demasiado gravosa para el deudor, de manera que hacer frente a ella lo sitúe en situación de penuria. Si es así, el juez podrá corregirlo —entiendo— disminuyendo la pensión acordada.

iii) Sobre la vivienda familiar

El Libro II (art. 233-21.3) reconoce y, por tanto, autoriza que se convenga sobre la adjudicación o reparto del uso de la vivienda conyugal en un pacto previo a la ruptura matrimonial. Ahora bien, la eficacia de este pacto únicamente podrá ser aquilatada en el momento en que, efectivamente, se haya desencadenado la situación de crisis, ya que el doble e insoslayable límite al que se ve supeditada tal eficacia requiere ser apreciado en ese momento. Por un lado, ante la existencia de hijos menores (que lo sean, claro está, en el momento en que el pacto deba ser ejecutado), los pactos son eficaces solo en la medida en que no perjudiquen su interés. Por tanto, la ley impone aquí de nuevo —o quizás más bien recuerda— que el interés del menor debe ser atendido en primer lugar, por encima del de los propios cónyuges, pero, si cumple con ello, el pacto desplegará su plena eficacia vinculando a los cónyuges y, por tanto, el juez, a petición de parte, deberá incorporarlo a la sentencia, o incluso previamente, si así es solicitado, al auto de medidas provisionales sin que el otro cónyuge pueda oponerse (art. 233-5.1), a menos que se vulnere el otro límite dispuesto por la ley.

(90) SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, págs. 384-385.

(91) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 4567.

En efecto, decreta el artículo 231-21.3 la exclusión de la eficacia del pacto si y en tanto que pueda afectar a la posibilidad de atender a la necesidad estricta de vivienda de uno de los cónyuges. De nuevo, la ley aclara que esta limitación no se aplicará a los pactos que hayan sido incorporados a un convenio regulador. En ese caso, como ya he comentado anteriormente, el pacto resulta renovado con un consentimiento actual y prestado en un momento en que la crisis ha dejado de ser una posibilidad más o menos hipotética o eventual para pasar a ser una realidad, y en consecuencia, cambia de naturaleza y también de régimen.

Si el pacto no ha sido, pues, objeto de novación, puede ser dejado sin eficacia si implica una desatención a la necesidad básica de vivienda del cónyuge necesitado. El precepto se refiere al cónyuge beneficiario del uso, ya que se parte de una situación en que, efectivamente, el pacto previo sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial beneficia a quien resulta ser el cónyuge más necesitado, y aun así, su eficacia puede ser total o parcialmente excluida si pone en riesgo la posibilidad de cubrir su necesidad estricta de morada. Así, por ejemplo, sería, en principio, válido y eficaz un pacto, por ejemplo, sobre el tiempo de asignación del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado, pero siempre y cuando no incidiera negativamente en la satisfacción de la necesidad básica de vivienda que pudiera experimentar el cónyuge beneficiario del uso (92).

Aun así, cabe pensar otras hipótesis distintas. La primera sería que, habiendo un pacto previo de atribución o distribución del uso de la vivienda, ninguno de los cónyuges presentara, en el momento de la crisis, una situación de necesidad básica o ni tan siquiera relativa en comparación con el otro. En ese caso, en defecto de pacto y no habiendo una mayor necesidad de uno respecto al otro (ni tampoco, en la hipótesis que ahora estamos tratando, hijos menores), no habría asignación del uso de la vivienda, que correspondería a quien tuviera el derecho que implica tal uso sobre ella (esto es, al cónyuge propietario, usufructuario, arrendatario...). Un pacto de atribución de uso al cónyuge no titular y sin mayor necesidad no plantearía —me parece— problemas de licitud y eficacia, a no ser que el pacto se hubiere cerrado atendiendo específicamente a las circunstancias vigentes a la sazón, que permitían apreciar una mayor necesidad en el cónyuge futuro atributario del uso, dejando establecido que el pacto sería exigible en tanto tales circunstancias persistieran o que el cumplimiento del pacto supusiera hacer incurrir al cónyuge titular en situación de necesidad.

Por otro lado, la ley impone el carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado, cuando es el juez quien lo atribuye, a falta de acuerdo. Entiendo, sin embargo, que las partes podrían pactar una atribución indefinida, que sería revisable, en su caso, si hubiera un cambio

(92) REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, pág. 746.

sustancial de circunstancias (por ejemplo, un empeoramiento de la situación económica del cónyuge no beneficiario del uso, que lo justificara).

Otra posibilidad es que el pacto atribuyera el uso a quien finalmente resulta ser el cónyuge menos necesitado. En cuanto comprometiera las necesidades básicas de vivienda del otro cónyuge, que no sería aquí —al menos aún— beneficiario del uso, el pacto no sería eficaz en virtud de lo dispuesto en el artículo 233-21.3 *in fine*.

B) *Pactos relativos a los hijos sujetos a potestad*

La tradicional prevención de la doctrina hacia pactos pre-crisis atinentes a los hijos menores o, en general, sometidos a la potestad de los padres halla su explicación en el carácter de orden público de la normativa que se ocupa de los deberes paterno-familiares. Por ello, se ha abogado por entender que toda decisión relativa a los hijos ha de ser excluida de un acuerdo previo, de modo que únicamente podría haber pacto al respecto una vez producida la crisis matrimonial (93).

No obstante ello, el Libro II ha optado por dotar de una cierta eficacia a estos pactos. Ya GARCÍA RUBIO (94) había advertido que no había por qué descartar la validez de cualquier tipo de acuerdo prematrimonial que afecte a los menores. Y, en efecto, en su regulación de los pactos en previsión de una ruptura conyugal y, en general, de todo acuerdo que no forme parte de un convenio regulador, el Código Civil de Cataluña parte de que los mismos no tienen por qué limitarse a las cuestiones estrictamente patrimoniales entre los esposos sino que también pueden extenderse a otros aspectos como la atribución de la vivienda familiar e incluso las relaciones personales con los hijos sujetos a potestad, comprendiendo los alimentos a favor de estos. Ahora bien, advierte explícita y contundentemente el artículo 233-5 que estos pactos solo serán eficaces en la medida en que se adecúen al interés de los hijos menores, y esta conformidad debe ser apreciada en el momento en que, sobrevenida la crisis conyugal, se solicite la ejecución del pacto. Por tanto, al igual que ocurre también con cualquier acuerdo de los cónyuges en esta materia, sea pre-crisis o post-crisis y, en este último caso, esté incorporado o no a una propuesta de convenio regulador, la eficacia de las decisiones que de consenso hayan adoptado los cónyuges-progenitores sobre sus

(93) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., págs. 109-110.

(94) *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 4. Así, por ejemplo, rompe una lanza en favor de la virtualidad de un pacto previo en el que los cónyuges progenitores o futuros progenitores se comprometan a asumir la custodia compartida de sus hijos. En la misma dirección, GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales* (II), cit., pág. 6, quien aboga por la validez y eficacia genérica de estos pactos, supeditadas, claro está, a la supervisión del Juez en el momento de su ejecución.

hijos menores no está asegurada, sino que debe someterse al criterio del juez a fin de que este valore si el acuerdo se ajusta al interés del menor. Pero, en todo caso, quede claro que, si el pacto previo es conforme al interés del menor, va a vincular a los cónyuges, que deberán pasar por él, aunque uno de ellos pudiera, en este momento, preferir otra solución distinta e igualmente acorde con el interés del menor.

VII. EFICACIA E INEFICACIA DE LOS PACTOS

1. EFECTO VINCULANTE PARA LOS CÓNYUGES Y CONTROL JUDICIAL

El precepto clave en este aspecto es el artículo 233-5 del Código Civil de Cataluña, complementado, en parte, con el artículo 231-20.4. Este artículo pretende clarificar algunas cuestiones dudosas. En primer lugar, dispone, sin lugar a dudas, el carácter vinculante de los pactos alcanzados por los cónyuges fuera de convenio regulador. Si no se vulnera ninguno de los límites a que están sujetos, los pactos son de obligado cumplimiento para las partes.

Por otro lado, solventa, en parte, una cuestión procesal que había levantado alguna que otra duda. Así se decreta la posible acumulación de la acción para exigir el cumplimiento de estos pactos a la de nulidad, separación o divorcio. Entiendo que cabrá también discutir en el mismo proceso, si es el caso, la posible nulidad del pacto (por ejemplo, por vicio del consentimiento).

Además se establece una norma sobre carga de la prueba, de modo que el que pretenda hacer valer un pacto previo tiene la carga de probar que la otra parte había sido informada suficientemente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, si se trata de una información trascendente en relación con el pacto exigido (95).

El cumplimiento y, por tanto, el despliegue de su eficacia se va a lograr a través de la incorporación de los mismos a la sentencia e incluso, si se solicita, previamente en la resolución judicial sobre medidas provisionales, si es el caso. Y es que, si los pactos se han adoptado en forma, sin vicios del consentimiento, y en la medida en que no vulneren ninguno de los límites antes examinados, el juez debe tomarlos en consideración e incorporarlos a las medidas adoptadas, sean provisionales sean definitivas. Ello ocurrirá cuando los cónyuges no hayan podido presentar una propuesta de convenio regulador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233-2, porque hayan dejado de estar de acuerdo o porque los acuerdos adoptados previamente no alcanzan a todos los puntos a tratar.

(95) Quizá pudiera ser útil la realización de un inventario, a unir a la escritura pública.

Naturalmente, los pactos que hubieran podido alcanzarse en relación con los hijos menores (relaciones personales, guarda y alimentos) solo serán eficaces en la medida en que su interés, que será apreciado por el Juez en el momento en que se inste su ejecución, así lo aconseje, tal y como ocurre con los acuerdos insertados en una propuesta de convenio regulador (96).

2. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Dice el artículo 231-20.5 que los pactos que, en el momento en que deban ser cumplidos, causen un grave perjuicio a uno de los cónyuges perderán su eficacia si el cónyuge perjudicado logra acreditar la superveniente de circunstancias trascendentes e imprevisibles en el momento en que el pacto fue otorgado.

Este tipo de acuerdos se celebra siempre, por su propia naturaleza, con vistas a una situación más o menos hipotética y lejana. Se concluye, pues, para ser eficaz en un momento ulterior y para una fase contingente, si acaece el fracaso matrimonial. Como en todo pacto de tales características, las partes pueden realizar una aproximación sobre la situación en que podrían encontrarse los esposos en aquel momento posterior y eventual, pero es, sin duda, altamente factible que la situación acabe alejándose, y mucho, de aquel pronóstico. El cónyuge que se vea perjudicado en la situación real y no prevista querrá, presumiblemente, combatir la eficacia de este pacto.

La doctrina ya se había preguntado sobre la incidencia que una alteración sustancial de las circunstancias habría de tener en los efectos de este tipo de pactos (97).

Claro está que la divergencia entre las condiciones fácticas supuestas en la conclusión del pacto y las que realmente concurren en la producción de la crisis conyugal no será un fenómeno extraño en esta clase de pactos. No obstante, ello no puede justificar de por sí el recurso automático a la doctrina de la imprevisión, también conocida como «cláusula *rebus sic stantibus*». De ser así, nos encontraríamos, con toda probabilidad, ante una generalización de la ineficacia de los pactos pre-crisis, de modo que la eficacia de un pacto *prima facie* reconocido como lícito por la ley vendría a ser, contrariamente a lo que se debiera, la excepción y no la regla. Por tanto, cabe rechazar una aplicación extensiva o, cuando menos, lata de esta causa de ineficacia sobrevenida, so pena de invalidar una gran parte de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.

(96) Si se trata de un pacto post-crisis no incorporado a una propuesta de convenio regulador, es preciso tener en cuenta lo que se dispone en el artículo 233-5.2.

(97) Entre otros, PASTOR VÍTA, *ob. cit.*, pág. 54; GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 5, y AGUILAR/HORNERO, *ob. cit.*, págs. 39-40.

Las condiciones en que, según el artículo 231-20.5, cabe excluir la eficacia de un pacto previo a la crisis por causa de una modificación sobrevenida de las circunstancias son varias:

- a) En primer lugar, se exige que la ejecución del pacto sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, aquel que, por ese motivo, va a contar con la legitimación activa para solicitar la revisión judicial del pacto en virtud de lo dispuesto en este precepto, y precisamente por el acaecimiento sobrevenido de circunstancias trascendentales e inopinadas. La alteración de las circunstancias de por sí, por muy importante e inesperada que pueda ser, no es base suficiente para invocar la función revisora del Juez: para ello, es preciso que uno de los esposos sufra un significativo quebranto, de manera que el cumplimiento del pacto le sea hasta tal punto oneroso, no solo en un sentido de pérdida estrictamente patrimonial, que cabe esperar que, si tales circunstancias se hubieran dado inicialmente, nunca hubiera concluido el pacto.
- b) Debe haber una aparición de nuevas circunstancias, que no tienen por qué ser necesariamente de carácter económico (98), sino que pueden ser también de naturaleza personal, como el sufrimiento de un accidente con graves secuelas (99) o de dolencias insospechadas (100) o similares.
- c) Ha de tratarse de circunstancias relevantes. A mi entender, ello debe interpretarse en un doble sentido, que la alteración sea de una notable dimensión y, además, que se halle en la base de la producción del grave detrimiento a uno de los consortes. Como se ha indicado, entre ese sustancial perjuicio que sufre uno de los cónyuges y la modificación grave e imprevista de circunstancias debe haber una relación de causalidad.
- d) Y, por último, debe hacerse hincapié en la última frase del artículo 231-20.5, a cuyo tenor se requiere que se trate de circunstancias que no se previeron ni se podían razonablemente prever en el momento en que el pacto fue otorgado. Me parece importante poner énfasis en este extremo. En efecto, la simple alteración de las circunstancias, por muy relevante que sea, no es suficiente para obtener la inaplicación, bien que sea parcial, del pacto, sino que se debe exigir estrictamente que este cambio sobrevenido sea además imprevisible: ni se esperaba ni podía razonablemente ser esperado. Es evidente que en el curso de una convivencia conyugal, y aún más si esta se prolonga en el tiempo, pueden producirse modificaciones fundamentales en sus condiciones vitales, modificaciones estas que son,

(98) Como parece dar por supuesto REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, págs. 754-755.

(99) Este es el supuesto del *leading case In re marriage of Rosendale*, citado por MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión de...*, cit., pág. 367.

(100) GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 5; AGUILAR/HORNERO, *ob. cit.*, pág. 40.

en muchas ocasiones, perfectamente pronosticables, ya que forman parte de un devenir estándar en la vida de una persona, como tal y en cuanto casada o en pareja: así, el advenimiento de hijos comunes (101) o, desafortunadamente, en la coyuntura actual, la posibilidad de pérdida del puesto de trabajo, sobre todo en determinados sectores económicos (102). Observa SALVADOR CODERCH (103) que será previsible aquello que pueda anticiparse, a través de indicios o señales, esto es, de datos empíricos y relevantes para prever el cambio de circunstancias de que se trata. En cualquier caso —añade—, la invocación de la imprevisibilidad reclama una acreditación razonable de que, por lo menos de entrada, la modificación de circunstancias no era objetivamente predecible. A partir de ahí, le bastará al demandado poner de relieve aquellas «señales o indicios» objetivos por los cuales se podía avanzar el cambio acaecido y para ello será suficiente con hacer patente que tal eventualidad de cambio derivaba del conocimiento ordinario o científico y tecnológico.

Por otro lado, si el cambio sustancial de circunstancias ha sido causado voluntariamente por los cónyuges, no se cumple la tercera de las condiciones requeridas por el artículo 231-20.5, ya que, de ningún modo, puede ser calificada de imprevisible una alteración que ha sido provocada por las partes del acuerdo: por ejemplo, la adopción de hijos o el abandono voluntario de la ocupación laboral para dedicarse en exclusiva al cuidado del hogar y de los hijos (104).

(101) En este punto, me parece interesante destacar cómo en la Sección 7.05 de los principios ALI se establecen, distinguiéndolas, tres tipos de sucesos que pueden llevar al tribunal a apreciar la concurrencia de una *substantial injustice* que justifique la revisión judicial del pacto. Los dos primeros son el transcurso de un determinado número de años o el nacimiento o adopción de hijos, cuando la pareja no los tenía a la celebración del pacto, y la última viene constituida, justamente, por el acaecimiento de circunstancias relevantes e imprevistas, que se plantea como algo distinto a lo anterior y no como una norma de cierre de una categoría en la que está incluido lo anterior.

(102) PASTOR VITA, *ob. cit.*, pág. 54, se muestra reacio a la admisión, en el contexto del CCE, de la beligerancia de la cláusula *rebus sic stantibus* a estos pactos, partiendo de que no hay circunstancia que no pueda ser prevista. La cuestión no puede ponerse en términos absolutos, sino relativos: si razonablemente podía preverse.

(103) «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *InDret* 4/2009, pág. 26.

(104) Es por ese motivo que MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 116, estima cuestionable la resolución que se contiene en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1599), en la que se dejó sin efecto un pacto prenupcial de renuncia mutua a una futura prestación por desequilibrio económico, al haber apreciado el Tribunal un cambio sustancial de las circunstancias que sirvieron de base al pacto. En el caso en cuestión, tras haber celebrado el pacto y después contraído matrimonio, la esposa abandonó la ocupación laboral que venía desarrollando hasta entonces para consagrarse en exclusiva a atender el hogar familiar y a seguir a su esposo en sus desplazamientos laborales. No obstante, en este caso, no puede predicarse de la alteración de circunstancias

Además, como con acierto pone de manifiesto SERRANO DE NICOLÁS, la previsibilidad o no de la alteración de condiciones acaecida es cuestión a valorar caso por caso, y no con base en un estándar genérico (105).

Naturalmente, la carga de la prueba pesa sobre el cónyuge gravemente perjudicado que invoca la ineffectiveness sobrevenida del pacto, que debe acreditar todas las anteriores condiciones para lograr la revisión judicial del pacto (106).

RESUMEN

*AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
PACTOS PRE-RUPTURA
CATALUÑA*

La evolución del concepto social y jurídico de la familia y, dentro de ella, del matrimonio ha llevado, en los últimos tiempos, al reconocimiento de un cada vez mayor grado de autonomía a los cónyuges para configurar su relación a la medida de sus legítimos valores, intereses y aspiraciones. Uno de los últimos hitos en esta evolución es el de la introducción, en

ABSTRACT

*FREEDOM OF CHOICE
PRE-BREAK-UP AGREEMENTS
CATALUÑA*

The social and legal concept of the family and, within that concept, the concept of marriage are evolving. Their evolution has led to the modern-day recognition of an increasing amount of leeway enabling spouses to set up their marital relationship along lines tailored to their own legitimate values, interests and aspirations. One of the latest milestones in this evolution is

—que, a juicio de la Audiencia Provincial de Granada, justificaba la ineffectiveness del pacto y, en consecuencia, de la renuncia en él contenida— su imprevisibilidad, cuando el cambio fue ocasionado por la propia esposa, al tomar la decisión, posiblemente de mutuo acuerdo con su marido, de dejar de trabajar para dedicarse a las tareas del hogar habiendo suscrito, poco antes, un pacto de renuncia a la pensión compensatoria. Como bien apunta MARTÍNEZ ESCRIBANO, para que la convención hubiera quedado desprovista de efectiveness por ese motivo, habría sido necesario, en realidad, un nuevo acuerdo, esta vez de mutuo disenso sobre el pacto de renuncia. Esta afirmación no es óbice para sostener que, en caso que la esposa no contara con suficientes medios para su adecuado sustento, el pacto de renuncia a la prestación compensatoria carecería de efectiveness en esa medida, pero no por aplicación de la ineffectiveness sobrevenida por modificación relevante e imprevisible de las circunstancias base del acuerdo, sino por aplicación del límite que impone en Cataluña el artículo 233-6.2 del Código Civil de la Comunidad y que, para el resto del Estado, aboga la doctrina por mor de un principio de orden público, que vedaría los acuerdos prematrimoniales cuyo cumplimiento abocara a uno de los cónyuges a situación de grave penuria.

(105) *Ob. cit.*, pág. 391. Y valga como ejemplo lo que indica MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión de...*, cit., pág. 366: como norma, el tener descendencia no debe ser considerado como un evento imprevisible en la vida de una pareja; no obstante ello, si *ad hoc* existen singulares circunstancias que descartan *a priori* la posibilidad de procreación (por ejemplo, el haberse sometido a intervención quirúrgica con ese propósito), sí cabría considerar el nacimiento, aquí sí inesperado e inesperable según la diligencia exigible, de hijos como una circunstancia que ni se previó ni pudo razonablemente preverse.

(106) También se dispone así en el apartado 3 de la Sección 7.05 de los principios ALI.

el sistema jurídico-civil catalán, de una disciplina específica de los denominados pactos en previsión de una ruptura matrimonial, que desarrolla la alusión general que ya se contenía en el Código de Familia. A analizar esta nueva normativa se consagra este trabajo.

the introduction of a specific discipline of Catalan civil law concerning agreements anticipating a matrimonial break-up. The discipline implements a general allusion made in the Family Code. This paper looks closely at the new legislation.

(Trabajo recibido el 20-6-2011 y aceptado para su publicación el 18-7-2011)