**INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO**
**FACULTAD DE DERECHO**

UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID

**Tesis presentada para la obtención del**
**Grado de Doctor**

# CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. ESTUDIO COMPARADO ENTRE ESPAÑA, PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS

**Por**

**MARTA FIGUEROA TORRES**

**Realizada bajo la Dirección de la Profesora**
**Dra. Rosa María Moreno Flórez**

**Madrid, 2015**

Una apostilla de gratitud va para mi entorno más personal y familiar,
porque ha sido imprescindible tener su amparo solidario.

-MFT

## ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

| | |
|---|---|
| AAMN | Anales de la Academia Matritense del Notariado |
| ABA | American Bar Association |
| AC | Aranzadi Civil |
| ADC | Anuario de Derecho Civil |
| AFDL | Anuari de la Facultat de Dret. de Lleida |
| ALI | American Law Institute |
| ALI Principles | American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution |
| ALR | American Law Reports |
| Am. J. Comp. L | American Journal of Comparative Law |
| AP | Audiencia Provincial |
| Ariz. L. Rev. | Arizona Law review |
| Baylor L. Rev. | Baylor Law Review |
| BDF | Boletín de Derecho de Familia |
| BIICNG | Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CC | Código Civil español |
| CC.AA. | Comunidades Autónomas |
| CCCat. | Código Civil de Cataluña |
| CCPR | Código Civil de Puerto Rico |
| CCJC | Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil |

| | |
|---|---|
| CE | Constitución Española (1978) |
| CRCCPR | Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico. |
| CULR | Capital University Law Review |
| DGRN | Dirección General de los Registros y del Notariado |
| DL | Diario La Ley |
| DPR | Decisiones de Puerto Rico |
| Duke J. Gender L & Pol'y | Duke Journal of Gender Law & Policy |
| EDJ | El Derecho Jurisprudencia |
| ESTPLN | Estate Planning |
| Fam. L.Q. | Family Law Quarterly |
| FCR | Family Court Review |
| Fl. B. J. | Florida Business Journal |
| Ga. St. U. L. Rev. | Georgia State University Law Review |
| Geo. J. Gender & L. | Georgetown Journal of Gender and the Law |
| Harv. J. on Legis | Harvard Journal on Legislation |
| Harv. L. Rev. | Harvard Law Review |
| J. Am. Acad. Matrim. Law. | Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers |
| La. L. Rev. | Louisiana Law Review |
| Mo. L. Rev | Missouri Law Review |
| N.W. Univ. Law. Rev. | Northwestern University Law Review |
| Ohio St. L.J. | Ohio State Law Journal |
| RAJ | Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia |
| RCDI | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario |
| RDF | Revista de Derecho de Familia |
| RDN | Revista de Derecho Notarial |

| | |
|---|---|
| RDP | Revista de Derecho Privado |
| Rev. Col. Abog. P.R. | Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico |
| Rev. Der. Prtño | Revista de Derecho Puertorriqueño |
| Rev. Gen. LJ | Revista General de Legislación y Jurisprudencia |
| Rev. Jur. U.I.P.R. | Revista Jurídica de Universidad Interamericana de Puerto Rico |
| Rev. Jur. U.P.R. | Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico |
| RGD | Revista General del Derecho |
| RJ | Repertorio de Jurisprudencia |
| RJC | Revista Jurídica Cataluña |
| RJN | Revista Jurídica del Notariado |
| SAP | Sentencia de Audiencia Provincial |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia Tribunal Superior de Justicia |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TECLF | Tulane European and Civil Law Forum |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| TSJC | Tribunal Superior de Justicia de Cataluña |
| TSPR | Tribunal Supremo de Puerto Rico |
| Tul. L. Rev | Tulane Law Review |
| UPAA | Uniform Premarital Agreement Act |
| UPMAA | Uniform Premarital and Marital Agreements Act |
| Wm. & Mary L. Rev. | William and Mary Law Review |
| Wm. Mitchell L. Rev | Missouri Law Review |
| Yale J. Law. And Fem. | Yale Journal of Law & Feminism |

# ÍNDICE

**Abreviaturas** ..... v
**Introducción** ..... 1

**CAPÍTULO I.**
**CAPITULACIONES MATRIMONIALES: LIBERTAD DE OTORGAMIENTO Y DE PACTOS**

**1. Planteamiento** ..... 7
**2. Antecedentes** ..... 8
2.1 Del proyecto de Código Civil de 1851 al Anteproyecto de Código Civil 1882-1888 ..... 8
2.1.1 El Proyecto Isabelino ..... 8
2.1.2 La "nueva etapa codificadora" ..... 16
2.2 Normativa aplicable en el Código Civil de 1889 ..... 20
2.3 Incorporación del principio de mutabilidad del régimen económico del matrimonio al Derecho español por ley 14/1975, de 2 de mayo ..... 24
**3. Consagración del libre otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por Ley 11/1981, de 13 de mayo** ..... 32
**4. Inclusión de esta materia en las denominadas "Disposiciones generales" de los regímenes económicos del matrimonio** ..... 38
4.1 Libertad de elección del régimen económico matrimonial ..... 45
4.1.1 La autonomía de la voluntad en el seno de los negocios jurídicos de Derecho de familia ..... 47
4.1.2 Libertad de contratación entre cónyuges ..... 49
4.2 Aplicación del régimen supletorio en defecto de elección ..... 56
4.3 Protección de los derechos de terceros ..... 59

**CAPÍTULO II**
**ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL OTORGAMIENTO DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES**

**1. Planteamiento general** ..... 67
**2. Límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes de capitulaciones Matrimoniales** ..... 75
2.1 Consideraciones generales ..... 75
2.2 Límites dictados por preceptos constitucionales ..... 79
2.2.1 Libertad e igualdad ..... 81
2.2.2 Especial referencia al principio de igualdad de derechos reflejado en el Art. 1328 CC ..... 84
2.2.3 Otros límites constitucionales ..... 96
A. Protección de la familia ..... 97
B. Protección de los hijos ..... 105
C. Seguridad jurídica ..... 107
2.3 Límites derivados de otras leyes ..... 111
2.3.1 La ley y las buenas costumbres ..... 115
2.3.2 Moral y orden público ..... 120

**3. Principales acuerdos que pueden adoptar los otorgantes de capitulaciones matrimoniales en el ordenamiento puertorriqueño** ..... 126
3.1 Rechazo del régimen de sociedad legal de gananciales ..... 127
3.2 Adopción de un régimen económico mixto ..... 143
3.3 Modificación del régimen adoptado por la conducta de los cónyuges..... 152

## CAPÍTULO III
## DISPOSICIONES EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES

**1. Consideraciones generales** ..... 157
**2. Pactos insertados en capitulaciones matrimoniales en el ámbito del artículo 1325 del Código Civil** ..... 161
2.1 Estipular, modificar, sustituir ..... 161
**3. Contenido concreto de las capitulaciones matrimoniales** ..... 171
**4. Capitulaciones matrimoniales sin contenido típico** ..... 178
**5. Pactos en previsión de crisis matrimonial como contenido posible de las capitulaciones** ..... 184
5.1 Concepto y naturaleza de los pactos en previsión de crisis matrimonial ..... 185
5.2 Forma ..... 195
5.3 Validez y eficacia de los pactos en previsión de ruptura: límites a la autonomía de la voluntad ..... 200
5.4 Contenido de los pactos ..... 218
5.4.1 Contenido personal de los pactos. ..... 220
5.4.2 Contenido patrimonial de los pactos ..... 227
5.5 Pactos en previsión de crisis matrimonial en el derecho autonómico ..... 240
5.5.1 Pactos en previsión de ruptura en la legislación catalana ..... 241
A. Constancia en escritura pública ..... 244
B. Temporalidad..... 250
C. Contenido y eficacia ..... 251
D. Claridad, precisión y reciprocidad ..... 254
E. Control judicial e ineficacia ..... 258
5.5.2 Otras referencias en la legislación autonómica ..... 260

## CAPÍTULO IV.
## ACUERDOS CONYUGALES EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

**1. Consideraciones generales** ..... 269
**2. Evolución de y régimen jurídico** ..... 272
**3. Normas de validez y eficacia** ..... 277
3.1 Requisitos respecto al contrato ..... 277
3.1.1 Forma y contraprestación ..... 278
3.1.2 Justicia procedimental *vis a vis* justicia sustantiva ..... 278
A. Garantías procedimentales para asegurar un consentimiento informado ..... 283
1. Divulgación mutua de información financiera ..... 291
2. Asesoramiento legal ..... 295
B. Garantías sustantivas ..... 296
3.2 Limitaciones por razón de la materia pactada ..... 304
**4. La nueva Ley Uniforme (UPMAA 2012)** ..... 322
4.1 Definiciones, alcance y contenido posible ..... 327
4.2 Forma, contraprestación y efectividad ..... 332

4.3 Validez y eficacia ..... 334
4.4 Ley aplicable, prescripción y hermenéutica ..... 346

## CAPÍTULO V.
## CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL DERECHO PUERTORRIQUEÑO. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE REFORMA

**1. Estado de la cuestión en el Código Civil de Puerto Rico** ..... 351
**2. Criterios jurisprudenciales básicos sostenidos por el Tribunal Supremo de Puerto Rico** ..... 354
2.1. Introducción ..... 354
2.2. Requisito de otorgamiento previo al matrimonio y cotitularidad de bienes.. 357
2.3 Capacidad de los otorgantes ..... 368
2.4 Libertad de estipulación ..... 372
2.5 Forma..... 376
**3. La propuesta de Código Civil de Puerto Rico de 2007** ..... 395
3.1 Consideraciones generales ..... 395
3.2 Modificación del Código Civil y modificación del Derecho de Familia ..... 398
3.3 Propuesta de modificación del régimen económico del matrimonio ..... 401
**4. Un modelo alterno para el Derecho matrimonial puertorriqueño** ..... 411

**CONCLUSIONES** ..... 419

**BIBLIOGRAFÍA** ..... 425

**RELACIÓN DE SENTENCIAS CONSULTADAS** ..... 443

**RESUMEN** ..... 449

**ABSTRACT** ..... 455

# INTRODUCCIÓN

Una de las notas características de los ordenamientos jurídicos de raíz latina, particularmente del ordenamiento civil español, es la manifestación y aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Este paradigma de las relaciones entre particulares y uno de los pilares del ordenamiento civil tiene algunas excepciones derivadas de normas de carácter imperativo o de otras de orden público, tanto en el ámbito del Derecho privado en general como en lo que respecta al entorno del Derecho de familia.

Las relaciones jurídicas entre los cónyuges, con independencia de cuál sea el régimen económico por el que se rija el matrimonio, están presididas por esa doble vertiente: de un lado existen normas de carácter imperativo y, de otro lado, la libertad contractual es una constante en la disciplina normativa del matrimonio. Entre las normas de carácter imperativo podrían encontrarse algunas de las que figuran en las denominadas Disposiciones Generales de los regímenes económicos del matrimonio: la aplicación supletoria del régimen de sociedad de gananciales en defecto de pacto entre los futuros cónyuges; la sujeción de los bienes de los cónyuges, cualquiera que sea su régimen económico, al levantamiento de las cargas familiares; la obligatoriedad del consentimiento dual para la realización de determinados actos de carácter dispositivo; el derecho de predetracción del cónyuge supérstite, o la aplicación de los principios de las denominadas *litis expensas*. Todas ellas, normas que, entendido su carácter imperativo en aquellas que lo contienen, no podrían ser derogadas por un pacto entre los cónyuges.

No obstante, en el marco de esas mismas Disposiciones Generales se contempla la absoluta libertad contractual entre los cónyuges, sin más límites que los derivados de esas otras normas de carácter imperativo. Pues bien, en el seno de esa libertad contractual, se incluye la libertad de pactos sobre el régimen económico del matrimonio. Esta libertad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en orden a la determinación del régimen económico matrimonial alcanza a cualquier momento de su vida, sin ningún límite en cuanto a la temporalidad o al número de veces en las que los cónyuges decidan mutar su régimen económico; y tal libertad de modificación lo es en todo caso y con independencia de cuál sea el resultado de esa elección o de esa

modificación. Son capitulaciones, por tanto, otorgables tanto con anterioridad al matrimonio como durante la vigencia del vínculo.

Lo anterior avala el hecho de que se mantiene la autonomía de los cónyuges o futuros cónyuges como uno de los pilares básicos en los cuales debe asentarse el ordenamiento jurídico privado, sin que ello sea óbice a que toda la regulación de esta disciplina esté presidida por un sistema de frenos, de pesos y contrapesos, tendente a evitar el riesgo que a primera vista se advierte: el fraude a los derechos de terceros, ya sean acreedores —de la comunidad o de cualquiera de los cónyuges— o herederos.

En este escenario jurídico se inserta el tema general de estudio de esta tesis, cuyo objetivo concreto es examinar si el contrato capitular es sede susceptible de albergar la voluntad consensuada de los cónyuges para autorregular las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial. La indiscutible actualidad de este tema es el resultado, entre otros factores, de una acrecida valoración del principio de la autonomía de la voluntad privada en el ámbito de las relaciones matrimoniales, así como de la inexistencia de un tratamiento normativo definido en el Derecho común español; lo que pone de manifiesto, a su vez, la importancia de la materia como objeto de estudio, además del impacto eminentemente práctico que reviste su análisis tanto para la tarea docente como para el asesoramiento legal adecuado.

Para partir de un argumento amplio, la presente tesis sitúa el tema objeto de estudio en una perspectiva histórica. Comienza con una referencia a los antecedentes más inmediatos de las normas que justifican el entendimiento de la normativa actual que cobija en el Derecho español la libertad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales y de pactos. De esta forma se ha pretendido poner de relieve que la libertad de otorgamiento del contrato capitular es el eje en el que gira el andamiaje regulatorio que viabiliza la adscripción de un contenido concreto al contrato capitular. Para propósitos de esta mirada retrospectiva, este trabajo se remonta al Proyecto de Código Civil español de 1851 y examina el desarrollo normativo hasta la regulación vigente. De esta manera se pone en perspectiva el significado fundamental que tuvo el Proyecto Isabelino y el gran valor de sus trabajos preparatorios, según documentado por la más autorizada doctrina española, como fuente y base más frecuentemente citada y seguida en la nueva etapa codificadora en la que vio la luz el Anteproyecto de Código Civil y, por ende, demostrativo de su gran valor para la interpretación del Código civil según aprobado finalmente en 1889. Quizá estas cuestiones de orden histórico puedan entenderse superadas para un lector español, pero hemos considerado pertinente

incluirlas ya que no en vano representan los antecedentes del Código Civil que, durante un breve período de tiempo, fue común a España y Puerto Rico.

Continúa este análisis del transcurso configurativo de la normativa vigente en materia capitular con la discusión de la pieza legislativa que incorporó el principio de mutabilidad del régimen económico del matrimonio al Derecho español y que sentó las bases para la trascendental reforma que, poco más de un lustro después, no sólo consagró la doctrina del libre otorgamiento de capitulaciones matrimoniales sino que, además, supuso una amplia y profunda transformación de diversos aspectos del Derecho de familia. En este contexto, se discute el efecto de la inclusión de esta materia en las disposiciones generales que encabezan la regulación sobre regímenes económicos matrimoniales, particularmente en lo que atañe a su función de reflejar el nuevo rol de la autonomía de la voluntad en el seno de los negocios jurídicos familiares como corolario de la libertad de contratación entre cónyuges, aunque sin pretensión de agotar el denso debate doctrinal y jurisprudencial surgido en torno a las múltiples cuestiones que fueron suscitándose en relación con el entonces nuevo estado de derecho.

El análisis propuesto exige asimismo el examen de las bases teóricas que delinean la discusión sobre el alcance permitido a la autonomía de la voluntad en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, lo que requiere a su vez considerar los fundamentos en los que se inscribe el asunto en el Derecho privado en general, para poder extrapolar su discusión al ámbito de lo imperativo y lo dispositivo en el derecho familiar, teniendo en cuenta sus caracteres propios. Es indispensable comenzar el estudio de esta cuestión a la luz del debate sobre la eficacia de determinados derechos y libertades de rango constitucional y su irradiación hacia las relaciones jurídicas privadas, porque así lo exige la articulación toda del principio de la autonomía de la voluntad en la normativa jurídica de menor jerarquía que la norma fundamental. Ello no desmerece, sin embargo la importancia de la normativa codificada en la delimitación del alcance de la autonomía de la voluntad en sede matrimonial, que en este trabajo se examina en el contexto del contrato capitular como su cauce tradicional en el Derecho privado español. Somos conscientes de que ello atiende sólo parcialmente la cuestión en cuanto se limita a los cónyuges como parte del grupo familiar; por ende nuestro estudio se conduce con carácter específico a la estructura familiar matrimonial. No desconocemos, sin embargo, la importancia y la necesidad de solventar similares cuestiones en otros escenarios jurídicos que acomodan esquemas familiares diversos e

igualmente respetables, pero por razones obvias de delimitación del tema, no abordamos esas otras situaciones.

Luego, este estudio se dirige a avanzar en la precisión del contenido posible del contrato capitular, al crisol de las implicaciones de los desarrollos jurídicos antes mencionados, que indudablemente han esculpido la naturaleza jurídica de aquel de modo peculiar en el ordenamiento español vigente. Con el beneficio de la extensa doctrina elaborada en torno al tema, damos lugar a la discusión sobre la viabilidad de acoger, concretamente, el pacto en previsión de crisis matrimonial como contenido plausible del contrato de capitulaciones matrimoniales. Para ello se hizo necesario, no obstante, que el análisis no se limitara a ese extremo sino que se trasladara también a la consideración de otras importantes cuestiones relacionadas con la naturaleza jurídica de esta figura, así como algunos otros controvertidos aspectos referidos a su validez, eficacia y forma.

El tratamiento particular dispensado al pacto en previsión de ruptura se justifica por su novedad, y pretende poner de manifiesto la necesidad de que se considere formalmente la deseabilidad de un reconocimiento normativo expreso en la esfera del Derecho común para este tipo de pacto, que potencie al máximo la articulación de la autonomía de la voluntad consensuada de los cónyuges como fuente de autorregulación, pero no solo de los diversos aspectos estructuradores de la dinámica conyugal constante matrimonio, sino también de los que enfrentaría el grupo familiar en ocasión de una eventual crisis matrimonial. Su consideración como cuestión de *lege ferenda* es el mínimo que amerita un ordenamiento jurídico que, una vez más, enfrenta la amenaza de que la norma jurídica quede superada por la realidad social, que reclama un amplio espectro para el ejercicio de la libertad de elección de modo que los cónyuges, como indudables protagonistas, puedan autorregular —desde la perspectiva más personal— lo que es mutuamente aceptable para ajustarse a las cambiantes circunstancias que pueda atravesar su relación matrimonial.

Esta Tesis amplía el alcance de su investigación a otros confines geográficos, para incursionar en el estudio de la trayectoria del tratamiento jurídico dispensado a los acuerdos matrimoniales en la normativa estadounidense, pues su protagonismo en la evolución de importantes desarrollos legislativos y jurisprudenciales en esta materia no aconseja menos. Además, es de notar su evidente relevancia por su relación con otro sistema jurídico examinado, el de Puerto Rico, con el cual comparte condicionantes políticos, jurídicos, y socioeconómicos determinantes desde hace más de cien años. Este

último nos interesa, sobre todo, porque en materia capitular —así como en la mayor parte de la normativa de Derecho privado puertorriqueño— el *íter* de la normativa española es referente obligado, pues es esta, en su versión originaria, antecedente inmediato de aquella. Nos acercamos así al análisis del escaso desarrollo legislativo y jurisprudencial de la normativa puertorriqueña, desde la entrada en vigor de su Código Civil, hasta la iniciativa legislativa más reciente.

Pautados en las líneas anteriores los criterios que delimitan el ámbito de este trabajo, es imprescindible precisar los aspectos que no forman parte del núcleo esencial del tema investigado. Así, no se profundiza en el análisis de todas las denominadas disposiciones generales ni en el tema de fraude a terceros; tampoco se aborda el análisis del tema en cuestión para cada uno de los regímenes tipificados en el Código civil ni para la infinita diversidad de materias susceptibles de ser objeto de pacto. Asimismo, si bien somos conscientes de que el análisis de los regímenes económicos matrimoniales normados en el Derecho español obliga a examinar tanto el Derecho común del Código civil como las leyes de las Comunidades Autónomas que tienen competencia en esta materia, aclaramos que dicho asunto en sí mismo también excede el contorno de esta investigación. Esto no obsta para que cualquiera de estas cuestiones, si es pertinente para la secuencia del trabajo, se traten con la extensión que en cada caso se señale.

En el plano técnico, por razones puramente prácticas, las citas se presentan conforme a las reglas del manual de citación uniforme editado por la Asociación de Revistas Jurídicas de las Universidades de Columbia, Harvard, Yale y Pennsylvania, THE BLUEBOOK: A UNIFORM SYSTEM OF CITATION (Columbia Law Review Ass'n *et al*. eds., 20th. ed. 2015). No obstante, en la relación final de la bibliografía que, como es de rigor, se ofrece sobre el tema objeto de estudio, las entradas siguen las normas españolas de citación. También debe observarse que las notas al pie de página se enumeran con comienzo y final en cada capítulo, para facilitar su manejo.

Habida cuenta de que se trata de un trabajo que integra la discusión de normas españolas, estadounidenses y puertorriqueñas, es pertinente consignar cuáles aplican en los respectivos apartados del trabajo y hemos considerado pertinente incluir, en Anexos separados, el texto íntegro de algunas de ellas. Se advierte, además, que en ocasiones se citan extensamente la fuentes bibliográficas españolas, procurando facilitar en mi país un acceso más inmediato a tales fuentes que, si bien muchas están disponibles en nuestras excelentes bibliotecas, pudiera resultar un tanto dificultoso acceder a otras, particularmente en lo referido a la ingente diversidad de revistas jurídicas y trabajos

monográficos que se publican en España, además de las obras jurídicas más clásicas de los juristas españoles.

Finalmente, y como tengo presente que la gratitud debe ir siempre primero, quiero agradecer la colaboración y el apoyo de distintas personas y entidades que de modos diversos contribuyeron a la realización de esta encomienda. Agradezco a la Universidad Interamericana de Puerto Rico por valorar este esfuerzo de desarrollo profesional que enriquecerá la gestión docente que vengo realizando en sus aulas, y de cuyas autoridades recibí la más plena colaboración desde el principio. Debo igualmente reconocer el valor de la indispensable participación institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid que, por conducto de su Instituto de Derecho Comparado, viene ofreciendo en nuestra sede el Programa Doctoral en Derecho Español Público y Privado en el que se inscribe la presente tesis. También manifiesto mi aprecio al Director del Programa, el Doctor José Ignacio Rubio San Román, por su decidida y estrecha cooperación.

Asimismo hago constar mi agradecimiento a los demás profesores españoles y puertorriqueños que, en distintas capacidades y circunstancias, ayudaron a iniciar este esfuerzo y a que se desarrollara; particularmente, al Doctor Joaquín Rams Albesa y a la Doctora Rosa Moreno Flórez. Para esta última estoy felizmente obligada a testimoniar mi gratitud de manera muy particular porque su diligente gestión al dirigir esta tesis fue determinante. Nunca me faltó su orientación ni sus observaciones, como tampoco escatimó en brindarme su generosa ayuda a lo largo de las diversas tareas que requirió la consecución de este trabajo, en el que siempre conté con la enorme ventaja de sus atinadas indicaciones metodológicas, su agudeza analítica y su interminable paciencia.

# CAPÍTULO I.
# CAPITULACIONES MATRIMONIALES: LIBERTAD DE OTORGAMIENTO Y DE PACTOS

## 1. Planteamiento

Pudiera sorprender al lector que el inicio del análisis de las cuestiones objeto de este trabajo se refiera a la libertad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Permítaseme justificar esta metodología. Cabía haber comenzado con un tratamiento del concepto, el contenido o los requisitos básicos de las capitulaciones, pero preferí no hacerlo por dos razones fundamentales. Primero, porque son cuestiones que deben darse por sabidas y cada una de ellas, por sí solas, constituirían otra tesis doctoral. Segundo, porque así se logra de entrada la concreción y determinación de los aspectos fundamentales que son indispensables tratar.

El entramado normativo que justifica la posibilidad de dotar de contenido particular cada capitulación matrimonial se justifica por el hecho de la libertad de otorgamiento de aquella. Esa libertad no está solo referida a la eventualidad del otorgamiento de las capitulaciones –antes o después de celebrado el matrimonio–, o a la posibilidad de que bajo su cobertura los cónyuges puedan modificar el régimen económico que ha regido en ese matrimonio durante un tiempo. Esa libertad también se refiere a la facultad de decidir el contenido más o menos amplio y más o menos típico de esas capitulaciones. Corresponde a los cónyuges determinar el contenido que resulte más recomendable para la cobertura de sus intereses, y considerar la pertinencia de incluir extremos o circunstancias que consideren oportuno pactar.

La referencia a los antecedentes normativos se hace teniendo presente que puede resultar superfluo para un jurista español, pero se incluye porque puede ser útil a un lector puertorriqueño para tener noticia de los criterios que movieron al legislador a incorporar esa libertad como elemento integrante de las capitulaciones matrimoniales.

El artículo 3.1 del Código civil español ordena la interpretación de las normas "según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, *los antecedentes*

*históricos y legislativos* y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". Ello bastaría para justificar la obligación de dispensar atención en este trabajo al entorno normativo de los pactos capitulares, según insertado en la regulación del régimen económico matrimonial en épocas anteriores. Evidentemente tal referencia histórica se circunscribe a los asuntos puntuales aquí, señaladamente la libertad de otorgamiento de capitulaciones y el contenido disponible de aquellas, y se limita, en el tiempo, al Proyecto de Código civil de 1851 como predecesor del Anteproyecto de 1882-1888 y al Código civil de 1889 —Código que fue común, como es sabido, durante un breve periodo a España y Puerto Rico—, que representan tres momentos históricos básicos.

## 2. Antecedentes

### 2.1 Del proyecto de Código Civil de 1851 al Anteproyecto de Código Civil 1882-1888

#### 2.1.1) El Proyecto Isabelino

Se impone una consideración general sobre el significado fundamental que tuvo el Proyecto de Código Civil de 1851 en la elaboración del Anteproyecto del Código Civil español, según documentado reiteradamente por la doctrina científica y resumido por LACRUZ al afirmar contundentemente el gran valor de los trabajos preparatorios y el particular protagonismo del Proyecto:

> "La notable permanencia de las normas y los institutos de derecho civil hace más útiles tales trabajos en su particular ámbito. Más, sobre todo, la forma de elaboración de nuestro Código concede al proyecto de 1851 y al trabajo de García Goyena una autoridad singular, hasta el punto de ser muy pocos los cuerpos legales de esta clase provistos de una explicación tan directa y convincente. Pues, en primer lugar, lo reducido de la comisión que redactó el proyecto y la autoridad en ella de García Goyena, garantizan la afirmación de los propios vocales, de ser el trabajo de nuestro autor una interpretación auténtica de la voluntad colectiva; en segundo lugar, podemos prescindir aquí, como legislador del Cc. con propia voluntad, y merced al sistema de la ley de bases, de la mayoría parlamentaria que votó ésta; y, por último, en cuanto a la Comisión de codificación que elaboró el Cc., tanto el mandato de la propia ley de bases

(o, más bien, descripción de algo ya realizado), como las notas de concordancia añadidas al anteproyecto redactado por aquélla y que continuamente remiten al texto isabelino, convencen de que dicho texto se halla en el origen del articulado vigente, formulado en un ininterrumpido diálogo con la obra de García Goyena. De ahí, el valor excepcional, incomparable, de esta, en la fijación de la voluntad del legislador".[1]

Por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS resume esta idea en la publicación que recoge de forma íntegra el Anteproyecto del Código civil español:

"Las fuentes citadas en el Anteproyecto son las siguientes: I. fuentes españolas—a) el Proyecto de 1851. La más frecuentemente citada y aún más frecuentemente seguida es el Proyecto de 1851. Desde que se reanuda la actividad codificadora se piensa que el nuevo Código habría de tomar a dicho Proyecto como base. Con esa idea, que aparece en forma rotunda en el Proyecto de Ley de Bases de Alonso Martínez, se redactó el Anteproyecto. Así, este Anteproyecto cumplirá por anticipado con las exigencias que después impondría la ley de Bases.

El Proyecto de 1851 no es pues un mero intento frustrado de codificación. El Anteproyecto le seguía en general, si bien también se introducen novedades o modificaciones ya para volver al derecho histórico patrio ya para acoger soluciones de cuerpos legales extranjeros. El mismo Código vigente a veces abandona la nueva redacción que a algún artículo da el Anteproyecto para volver a la del Proyecto de 1851. Biológicamente bien puede considerarse que el Proyecto de 1851 es el Código Civil español en una etapa muy avanzada de su elaboración. A la vista queda robustecido el valor que para la interpretación del Código tiene el Proyecto de 1851 y las Concordancias de García Goyena". [2] (citas omitidas)[3]

---

[1] J. Lacruz Berdejo, Nota Preliminar, Madrid, Ed. Universidad de Zaragoza, 1852, pág. 10. (Obra de García Goyena, al cuidado de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, pág. 10 (1974).) La siguiente afirmación del autor también deja claro su concluyente apreciación: "Y, finalmente, que cada precepto es algo más que la solución de un caso concreto por un legislador ancestral y distante: es un proyecto de justicia al servicio del bien común; comporta una ordenación racional, dirigida por una *ratio*, y este elemento fijo, puesto en contraste con cambiadas circunstancias, permite extrapolar un nuevo planteamiento normativo ampliando o restringiendo el campo de acción de la formula verbal, si bien siempre en los límites de la *ratio*, pues una solución que invoque en su apoyo a la ley, en algún modo ha de ser referible a ella. La posibilidad de extraer criterios de conducta del texto legal tiene límites, que los recursos de la interpretación no podrían superar, en la propia fórmula y en la voluntad del legislador. A la averiguación de esta voluntad, que sigue valiendo a través de las cambiadas circunstancias, aportan su luz los proyectos y trabajos preparatorios, sin interferir el necesario desenvolvimiento y adaptación de las directrices legales". *Íd.* Pág. 9.

[2] M. Peña Bernaldo De Quirós, El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888), Madrid, Ed. Colegios Notariales de España, 1965 (Reimpreso en 2006), pág. 24.

[3] La referencia a "citas omitidas" se inserta aquí, y a lo largo de todo este trabajo, para indicar que se omiten las citas del autor en su escrito original. Ello se hace únicamente en atención a la necesidad de mantener el presente escrito con una extensión razonable, y de ninguna manera implica una alteración del texto original citado, ni siquiera en el caso de que, por error inadvertido, se omitiera la referencia a "citas omitidas".

Resulta curioso que en el Estudio Preliminar el autor explicara la razón para utilizar el título *Anteproyecto* para la obra:

> "No es éste el título que a sí mismo se da la obra pero nosotros nos hemos decidido por él, aunque con dudas. En todos los fascículos que integran la obra aparece el título de *Proyecto de Código Civil* y así se la denominó también en la discusión parlamentaria. Este nombre no es inexacto, al menos en cuanto a la parte del Anteproyecto que coincide con el presentado oficialmente a las Cortes como *Proyecto de Código Civil* en 24 de abril de 1882. Pero a la obra entera, *y desde el punto de vista del Código Civil vigente,* corresponde mejor el nombre de *Anteproyecto*. No se trata en su conjunto de un trabajo oficialmente *ultimado* por uno de los órganos que preceptivamente habían de intervenir en la redacción, sino más bien de trabajos preliminares de nuestro Código que sirvieron a su autor, la Sección de lo civil, para que, oyendo —como exigía la Ley de Bases— a todos los individuos de la Comisión de Códigos llegara a formular el *texto del Proyecto* (cfr. art. 2.° de la Ley de Bases). No fue pues el Proyecto del Código Civil". De otra parte, algún contemporáneo (ROMERO GIRÓN, *Discusión*…, pág. 182) lo denominaba ya *Anteproyecto*".[4]

En el ámbito que nos ocupa en este trabajo, cabe resaltar el texto de los artículos del Título IV del Proyecto de 1851[5], dedicado al contrato de matrimonio, específicamente lo dispuesto en el capítulo primero bajo el epígrafe de Disposiciones Generales:

> Artículo 1235: Los bienes del matrimonio se gobiernan por las reglas de la sociedad legal, a falta de pacto expreso en contrario.
>
> Los bienes del matrimonio se componen de los propios de cada cónyuge y de los comunes cuando los haya.
>
> Artículo 1236: Los esposos pueden celebrar cualesquiera pactos que excluyan o modifiquen la sociedad legal, y hacer otra cualquiera

[4] M. Peña Bernaldo De Quirós, *op. cit.*, pág. 7.

[5] F. García Goyena, Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Madrid, Ed. Zaragoza, 1852 (Reimpresión, 1974). El texto citado de los artículos se tomó de la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia (www.um.es/facdere), preparada por J. Ataz López, del Departamento de Derecho Civil, quien advirtió que esta versión partió de una digitalización del texto incluido en la obra de J.F. Lasso Gaite, Crónica de la Codificación Española, Vol. 2, Ed. Ministerio de Justicia, 1970, T. IV, págs. 321-496. Ataz López aclaró, además, que en algunos artículos corrigió el texto procedente de dicha edición, y prefirió el incluido en las "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español," de F. García Goyena, además de que modernizó la grafía y acentuó el texto. Se advierte sin embargo, que los comentarios y concordancias, distinto al texto de los artículos, se reproducen en este trabajo con la grafía y acentuación original.

estipulación acerca de los bienes del matrimonio, con las modificaciones señaladas en este título.

Artículo 1237: No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros o costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del Reino.

Artículo 1238: Las capitulaciones o pactos matrimoniales se deberán hacer antes de celebrarse el matrimonio, so pena de nulidad; pero podrán comprender los bienes que los cónyuges adquieran después de celebrado.

Artículo 1239: Serán nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o buenas costumbres, los depresivos de la autoridad que respectivamente les pertenece en la familia, y los contrarios a las disposiciones prohibitivas de este Código y a las reglas legales sobre divorcio, emancipación, tutela, privilegios de la dote y sucesión hereditaria.

Esto último se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 663.

Artículo 1240: Será igualmente nulo cualquier pacto que privare directa o indirectamente al marido de la administración de los bienes del matrimonio.

Sin embargo, podrá estipularse, en favor de la mujer, la facultad de percibir directamente y en virtud de simple recibo suyo, una parte de las rentas para sus atenciones personales, comprendidas bajo el nombre de alfileres.

Artículo 1241: El menor que, con arreglo a la ley, puede casarse, puede también otorgar cualesquiera pactos matrimoniales, los cuales serán válidos, con tal que concurran a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesita el menor para contraer matrimonio.

Artículo 1242: Las capitulaciones matrimoniales deberán hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, salvo lo dispuesto en el artículo 1244.

Para ser válida cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones, deberá practicarse con asistencia de todas las personas que concurrieron a ellas, extenderse en escritura pública y ser anterior a la celebración del matrimonio.

Artículo 1243: La escritura de capitulaciones matrimoniales deberá contener:

1º. El inventario o descripción de los bienes que aportaren el marido y la mujer, con expresión del valor, a lo menos de los muebles.

2º. Nota expresiva de las deudas de cada contrayente.

La falta de estos requisitos no produce nulidad, pero incurrirá en la multa de veinticinco a cien duros el escribano que autorice la escritura, si no previniere a las partes lo dispuesto en este artículo e hiciere constar en la escritura esta advertencia.

Artículo 1244: Cuando no exceda de doscientos duros el valor de los bienes aportados en junto por marido y mujer, y no hubiere escribano en el pueblo de su residencia, podrán otorgarse las capitulaciones matrimoniales y carta de pago ante el fiel de fechos y dos testigos que

> hubieren presenciado la entrega de los bienes aportados; y en el caso de no otorgarse, se admitirá a los dos cónyuges prueba supletoria de lo que respectivamente trajeron al matrimonio.
>
> Sin embargo, siempre que la dote o capital marital comprenda algún bien inmueble, se otorgarán las capitulaciones matrimoniales en escritura pública.

Es pertinente poner de relieve la denominación "contrato de matrimonio" cuya propia denominación denota el carácter antecedente del acuerdo de voluntades en relación con la celebración del matrimonio, con independencia de que en el referido articulado se utilice la expresión "capitulaciones o pactos matrimoniales".

Es de notar, asimismo, el atisbo de una cierta libertad de pacto para los futuros esposos, si bien de manera mucho más limitada que en la actualidad, libertad que ya se deduce del art. 1236 antes transcrito cuando permite celebrar "… cualesquiera pactos que excluyan o modifiquen la sociedad legal" y "hacer otra cualquiera estipulación", términos que sin duda consignaban la posibilidad de que los futuros esposos decidiesen cuál podía ser su contenido.

El artículo 1235[6] reconocía ya la posibilidad de que los cónyuges pactaran expresamente que los bienes del matrimonio no fueran sometidos al régimen de la sociedad legal. Y, el artículo 1236[7], abundaba al respecto al autorizar la celebración de cualesquiera pactos que la excluyeran o modificaran. Sin embargo, la limitación expresa del artículo 1238[8] dejaba clara la norma de inmutabilidad del régimen económico matrimonial en cuanto requería, so pena de nulidad, que las capitulaciones o pactos matrimoniales se hicieran antes de celebrarse el matrimonio, distinto a la norma del

[6] El Proyecto de 1851 ofrecía para este artículo las siguientes concordancias con códigos extranjeros, las cuales se reproducen aquí en su grafía y acentuación original: "1392, 1393 y 1400 Franceses, 2312 de la Luisiana, 174 Holandés: el 1088 de Vaud, 345 Prusiano, título 1, parte 2, 1233 Austríaco, 32 Bávaro, capítulo 6, libro 1, 1346 y 1347 Napolitanos, exigen estipulación expresa en las capitulaciones matrimoniales para que haya sociedad ó común; pero no todos los Códigos mencionados dan la misma significación y efectos a la *comunión* y á la sociedad de conquistas ó ganancias: unos, como el Francés, admiten la *comunión* a falta de pacto contrarío, y lo requieren especial para que rija la sociedad de conquistas, artículos 1400 y 1498; otros, como el de la Luisiana, artículo 2369 , disponen expresamente lo mismo que nuestro artículo". García Goyena, *op. cit.*, pág. 664.

[7] *Íd*. Pág. 666: "1387 Francés, 1808 Sardo, 1341 Napolitano, 1042 de Vaud, 194 Holandés, 2305 de la Luisiana; pero el 1373 Sardo prohíbe á los esposos estipular otra sociedad universal de bienes que la de ganancias. Le *gem quam dixisti*, *cum dotem pro alumna dares*, *servari oportet*, ley 10, título 3, libro 2, repetida en la 1, título 14, libro 5 del Código. Quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est, ley 48, titula 14, libro 2 del Digesto". (acentuación y grafía original)

[8] *Íd*. Pág. 666: "1394 Francés, 1512 Sardo, 1046 de Vaud, 202 Holandés: el 1348 Napolitano añade una modificación que esplana en el 1356, y es algo parecida á la del artículo 13 Bávaro, capítulo 6, libro 1". (acentuación y grafía original)

Derecho romano que promulgaba lo contrario: *pacisci post nuptias, etiam si nihil ante convenerit, licet*[9]. De otra parte, el artículo 1242[10] sujetaba la validez de cualquier alteración en las capitulaciones a que se practicara con anterioridad al matrimonio.

Siempre hubo certeza de que tanto la regla de inmutabilidad del artículo 1238 del Proyecto de 1851 como el segundo párrafo de su artículo 1242 tenían por objeto evitar el fraude en perjuicio de terceros. Mas un motivo ulterior también quedaba de manifiesto: "*Conviene quitar á la mala fe algunos de sus numerosos asilos, ó por lo menos hacerle mas difícil su acceso: debe también fomentarse la estabilidad de las familias, que depende en gran parte de la de los derechos creados á virtud de las capitulaciones matrimoniales"*.[11] (acentuación y grafía original)

Esta fórmula integraba perfectamente con la prohibición tajante del artículo 1312[12] cuyo texto disponía:

> *La renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial.*
>
> *Cuando se hiciere en este caso, o después de disuelto o anulado el matrimonio, se otorgará en escritura pública; y los acreedores tendrán el derecho que se les señala en el artículo 831.*
>
> *El español que se casa en el extranjero y se domicilia después en el reino, podrá renunciar la sociedad en forma auténtica dentro del año de su regreso; pero en otro caso quedará sujeto a lo dispuesto en este capítulo, retrotrayéndose los efectos de la sociedad a la época de la celebración del matrimonio.*

Esta imposibilidad de renunciar a la sociedad legal durante el matrimonio, salvo en caso de separación judicial, además de proteger a los terceros, perseguía evitar que se evadiera por vía indirecta la prohibición de donaciones entre cónyuges preceptuada en el artículo 1259 del Proyecto de 1851. Entonces, GARCÍA GOYENA ya afirmaba, al

---

[9] *Íd*. Donde García Goyena cita concretamente la Ley 1, título 14, libro 2 del Digesto.

[10] *Íd*. Págs. 669-670: *"*Este segundo párrafo encierra los artículos 1395 y 1396 Franceses, 203 y 204 Holandeses, 1349 y 1350 Napolitanos, 2309 de la Luisiana, 1513 y 1515 Sardos, 1047 de Vaud. Su tendencia y objeto son los mismos del párrafo primero; prevenir fraudes y perjuicios, aplicándose en él de lleno la 35 de *regulis juris, nihil tam naturale est, quam eo genere quidque disolvere, quo colligatum est*. Por Derecho Romano podían hacerse y alterarse los pactos ó capitulaciones después de celebrado el matrimonio, leyes 1, título 4, y 72, párrafo 2, título 3, libro 23 del Digesto*"*. (acentuación y grafía original)

[11] *Íd*. Pág. 666.

[12] *Íd*. Pág. 706. Las concordancias ofrecidas para el segundo párrafo del artículo 1312 eran: "*El 412 Prusiano, título 1, parte 2, y 174 Holandés, disponen expresamente lo mismo"*. (acentuación y grafía original)

comentar el artículo 1238, que la prohibición de renunciar a la sociedad legal constante matrimonio era contraria a la opinión más generalizada de los autores españoles.[13] Sobre ese particular, él abundó al comentar el artículo 1312:

> "Si la renuncia pudiera hacerse durante el matrimonio, sería fácil en muchos casos eludir la prohibición del artículo 1259: la renuncia envolvería una donación simulada.
>
> En el caso de separación judicial, aunque todavía subsista el matrimonio, cesan los temores ó motivos de la prohibición: la sociedad queda disuelta *ipso jure*, según el artículo 1356; y el cónyuge que pide la separación, cuyo efecto inmediato ha de ser adjudicarle según la diversidad de casos los gananciales anteriores ó futuros, no está seguramente en ánimo de donar.
>
> De todos modos queda resuelta negativamente una cuestión sostenida en pro y en contra por autores muy respetables, y en cuya decisión vacilaron otros; *la sociedad de ganancias no podrá renunciarse durante el matrimonio*." [14] (acentuación y grafía original)

Desde la perspectiva histórica en la que se insertan los capítulos matrimoniales en el contexto del Derecho común español, MORENO-TORRES HERRERA aprecia de manera muy esclarecedora la referida normativa en el Proyecto García Goyena:[15]

> "La lectura de los preceptos que el Proyecto del 51 dedica al contrato de matrimonio es indicativa de la evolución que se estaba produciendo en cuanto a su contenido: por una parte, con indiscutida inspiración en el Código de Napoleón, consagra de modo expreso – en los artículos 1235 y 1236, con los que se inicia la disciplina de la figura—la posibilidad de que los contrayentes excluyan mediante pacto las normas de la sociedad legal; por otra parte, hay una serie de preceptos que muestran que lo esencial de las capitulaciones es dejar constancia de los bienes que al matrimonio aporta cada uno de los esposos, que es lo que en definitiva venía ocurriendo en los territorios sometidos al Derecho común. De manera que, todavía en el Proyecto, no es la finalidad estatutaria o de reglamentación la primordial de los capítulos." (citas omitidas)

---

[13] *Íd.* Pág. 667: "S*i no las hubo, regirá la sociedad legal, según el artículo 1235, y por la voluntad presunta de los novios: el artículo 1312 prohíbe terminantemente que se renuncie á ella durante el matrimonio, tanto por la consideración indicada de evitar fraudes en perjuicio de terceros, como para no hacer ilusoria por medios indirectos la prohibición del artículo 1259: la disposición del 1312 es contraria á la opinión mas común de nuestros autores Patrios."* (acentuación y grafía original)

[14] *Íd.* Pág. 706.

[15] L. Moreno-Torres Herrera, Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales, 634 RCDI 849, 850 (1996).

La referida autora plantea, además, que su apreciación sobre la función y el contenido esencial de las capitulaciones en el contexto citado encuentra apoyo en las expresiones del propio GARCÍA GOYENA cuando apuntaba que lo preceptuado en el citado artículo 1243 del Proyecto de 1851 demostraba que el objeto principal de los capítulos era *hacer constar lo que cada uno de los esposos lleva al matrimonio.*[16] Cabe añadir que el ilustre jurista navarro resaltaba la ventaja de la escritura capitular en los términos siguientes:[17]

> "Esto es mas útil y hasta necesario, supuesta la sociedad legal de ganancias del artículo 1309 que forma nuestro derecho común, y á la cual nunca ó rarísima vez se deroga por pacto especial: todo lo que se encuentra al disolverse el matrimonio se presume adquirido ó conquistado durante él, mientras no se pruebe lo contrario; y por esto, según he notado en el artículo anterior, han aconsejado todos nuestros autores que se otorgase escritura formal de capitulaciones.
> A *lo menos de los muebles*: porque su valor ó precio es más variable, y puede llegar el caso de haber de restituirse por lo dispuesto en el artículo 1298.
> *De las deudas*: porque estas bajan respectivamente el haber aportado por el esposo deudor, según la justa y trivial máxima de derecho *bona intelliguntur cujusque quae, deducto aere alieno, supersunt*, leyes 39 y 83, título 16, libro 50 del Digesto, y 8, título 33, Partida 7; lo que resta pagadas las deudas.
> *De veinte y cinco á cien*. Las consecuencias de la omisión pueden ser aquí más graves que en el caso del artículo 225." (Acentuación y grafía original)

Se Adelanta en este punto, aunque se discuta con detenimiento en un apartado autónomo dedicado al examen de la naturaleza y el contenido del contrato de capitulaciones, que la conceptualización del pacto capitular observada en el Proyecto de 1851 no tuvo cauce en el Código de 1889. Este acogió la idea de las capitulaciones matrimoniales como un contrato sobre bienes entre futuros cónyuges cuya finalidad primordial era la adopción del régimen patrimonial que habría de regir el matrimonio.[18] Así, la normativa decimonónica codificada arraigó el contrato capitular como uno *sobre bienes con ocasión de matrimonio*, no sólo a consecuencia de la denominación que le asignó, sino también por la ubicación sistemática que le confirió dentro del Libro sobre las obligaciones y los contratos. De manera que retornaremos al estudio de esta cuestión

[16] *Íd*. Págs 848, 850.

[17] García Goyena, *op. cit.*, pág. 670.

[18] En ese sentido, Moreno-Torres Herrera. *op. cit.*, pág. 850.

que, como se verá, es uno de los aspectos que ha abonado al debate sobre el contenido y el concepto de los capítulos matrimoniales y, en consecuencia, sobre su naturaleza y sus caracteres.

### 2.1.2 La "nueva etapa codificadora"

Se dice que la llamada "nueva etapa codificadora'' comenzó con la preparación del Proyecto de 1882, puesto que tanto su título preliminar como sus dos primeros libros fueron recogidos en el Anteproyecto del Código civil español.[19] Así, afirma PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que el Anteproyecto fue la culminación del esfuerzo prolongado por muchos años y su historia comienza directamente con el Proyecto de 1851 como fuente y base de los trabajos.[20]

A su vez, en muchos aspectos el *Anteproyecto* sirvió de enlace o "hito intermedio" entre el Proyecto de 1851 y el Código civil de 1889. Ello no importa, sin embargo, la negación de las muchas y muy significativas diferencias, tanto de contenido como de redacción, de ubicación sistemática e, incluso, conceptuales.[21]

En materia del "contrato sobre bienes en ocasión del matrimonio", el capítulo primero del Título III del Libro IV del *Anteproyecto* dispuso:[22]

> Art. 1.328 Los que se unan en matrimonio podrán estipular, **antes de celebrarlo**, las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.
>
> Cuando falte el contrato sobre los bienes, se entenderá que el matrimonio se contrae bajo el régimen dotal y el de la sociedad de gananciales.[23]
>
> Art. 1.329. En los contratos a que se refiere el artículo anterior, no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges.
>
> Art. 1.330. Tampoco podrán pactar:

[19] Peña Bernaldo De Quirós, *op. cit.*, pág. 8.

[20] *Íd.* Pág. 8.

[21] *Íd*. Págs. 36, 38.

[22] *Íd*. Pág. 42.

[23] *Íd*. Para el primer párrafo de este artículo se ofrecieron entonces como concordancias el artículo 1.378 del Código italiano; el artículo 1.096 del Código portugués; el artículo 1.387 del Código francés; y el artículo 205 del Código prusiano (Segunda Parte. Título 1). Para el segundo párrafo del artículo 1.328 se añadió la concordancia con el artículo 2.312 del Código de Luisiana. Estos mismos códigos extranjeros son los que se citan en casi todos los artículos.

1.° Contra las disposiciones prohibitivas de este Código.

2.° Contra las reglas legales para el divorcio, según los casos y condiciones del matrimonio que se celebre.

3.° En oposición a las que rijan sobre emancipación, tutela, privilegios de la dote en su caso, legítimas y sucesión hereditaria.

Toda estipulación que no se ajuste a lo preceptuado en este artículo, se tendrá por nula.

Art. 1.331. Se tendrán también por nulas, y no puestas en los contratos mencionados en los tres artículos anteriores, las cláusulas por las que los contrayentes, de una manera general, pretendan establecer que sus bienes se regirán por los fueros o costumbres que hasta la promulgación de este Código se hayan observado en las diferentes provincias, comarcas o ciudades del Reino, o que hayan de continuar observándose para los naturales de las mismas.

Serán asimismo nulas las que, de un modo general también, determinen que los bienes de los cónyuges, naturales de los lugares regidos por fueros o costumbres, se someterán a los fueros y costumbres de otros lugares distintos, y no a las disposiciones generales de este Código.

Art. 1.332. La mujer no podrá privar al marido, por las capitulaciones, de la administración de los bienes todos de los dos cónyuges.

Sin embargo, podrá estipularse en favor de la mujer el derecho y facultad de percibir directamente, bajo simple recibo una parte de la renta de sus bienes propios para sus atenciones personales a título de alfileres, con tal que no exceda de la cuarta parte de dicha renta líquida.

Art. 1.333. El menor que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar cualesquiera de los contratos por razón de matrimonio para que faculta el art. 1.328; pero, no obstante lo dispuesto en el capítulo IX del título VII del libro I de este Código, únicamente serán válidos, si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio.

En el caso de que los contratos fueren nulos por carecer del concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio con arreglo a la ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales.

Art. 1.334. En los contratos expresados en los artículos anteriores, podrán los otorgantes estipular lo que crean conveniente, conforme al art. 1.328, lo mismo sobre el régimen de los bienes existentes al tiempo de celebrarse el matrimonio, que respecto de cuantos adquieran los cónyuges después de celebrado y mientras subsista.

Art. 1.335. Para que sea válida cualquiera alteración que se haga en los contratos sobre los bienes por razón de matrimonio, deberá tener lugar antes de contraerse y con la asistencia y concurso de las personas que en aquellos intervinieren como otorgantes. No será necesario el concurso de los mismos testigos.

Solo podrá sustituirse con otra persona alguna de las concurrentes al otorgamiento del primitivo contrato, o se podrá prescindir de su concurso, cuando por causa de muerte o por causa legal, al tiempo de

otorgarse la nueva estipulación o la modificación de la precedente, sea imposible la comparecencia, o no fuere necesaria conforme a la ley.

Art. 1.336. Después de celebrado el matrimonio, no se podrán alterar bajo ningún concepto los contratos otorgados antes en razón de los bienes de propiedad de los cónyuges, ya se trate de bienes de presente, ya de bienes futuros.

Art. 1.337. Las capitulaciones o contratos por razón de los bienes con ocasión del matrimonio, y las modificaciones de los mismos contratos, habrán de constar siempre por escritura pública ante Notario, otorgada con las solemnidades legales antes de la celebración del matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.328.

La falta de escritura solemne equivaldrá a la carencia de capitulaciones o contratos, y se considerara para todos los efectos legales, relativamente a los bienes, que el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de la sociedad de gananciales.

Se exceptúan de esta regla los bienes que se hallen en las condiciones a que se refiere el artículo 1.340.

Art. 1.338. Cualesquiera alteraciones que se hagan en el contrato o capitulaciones sobre los bienes por causa de matrimonio, aunque se hallen revestidas de las formas y solemnidades a que se contrae el artículo anterior, no tendrán efecto alguno legal respecto de terceras personas, si en el respectivo protocolo, por nota marginal, no se hace indicación del acta notarial o escritura que contenga las alteraciones de la primitiva estipulación, y no se ejecuta lo mismo, caso de ser inscribible el primitivo contrato, en el Registro de la propiedad con la inscripción respectiva, para que consten en forma las novaciones que hayan tenido lugar.

Estas alteraciones, para el propio fin, relativamente a terceros, deberán hacerse constar también por el Notario, bajo las penas y responsabilidad de daño a las partes interesadas que corresponda, en las copias que expida por testimonio de las capitulaciones o contrato primitivos.

Art. 1.339. Para la validez de la estipulación y donaciones, en las capitulaciones o contrato sobre bienes antes del matrimonio, hechas por aquel contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación 55, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que a este efecto se le designará por quien corresponda, según las disposiciones de este Código y de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 1.340. Siempre que los bienes aportados por los cónyuges no sean inmuebles y asciendan a un total, los de marido y mujer, que no exceda de dos mil quinientas pesetas, y en el pueblo de su residencia no hubiere Notario, las capitulaciones o contratos por causa de matrimonio se podrán otorgar ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos, con la declaración, bajo su responsabilidad, de constarles la entrega o aportación, en su caso, de los expresados bienes.

El contrato o contratos originales se custodiarán, bajo registro, en el archivo del municipio correspondiente.

Cuando entre las aportaciones, cualquiera que sea su valor, haya alguna o algunas fincas, o los contratos se refieran a inmuebles, se

otorgarán siempre por escritura pública ante Notario, conforme con lo prevenido en el artículo 1.337.

Art. 1.341. Las capitulaciones o contratos a que se refieren los artículos anteriores del presente título, otorgados por súbditos españoles en país extranjero, se regirán por las disposiciones de este Código, pudiendo, no obstante, extenderse bajo la forma externa autentica que prescribe la legislación del país donde residan los contrayentes, o ante los Agentes consulares de España que en la localidad existan.

Art. 1.342. Si el casamiento se contrajese en país extranjero, entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contrayentes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y cuando fuese española la esposa, que se casa bajo el régimen del derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles.

Art. 1.343. Todo lo que se estipule en las capitulaciones o contratos a que se refieren los artículos precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedara nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse.

Se exceptuarán, respecto de las donaciones, los casos determinados en el capítulo 2.° de este título.

Es pertinente poner de relieve, comparando este texto con el del Proyecto de 1851, que ha desaparecido la libertad que se concedía a los cónyuges para determinar qué pactos podrían ser el contenido de las capitulaciones. Se trata de un texto mucho más dirigido, con una escasa, por no decir nula, capacidad de decisión de los cónyuges; no hay casi margen de decisión para los futuros esposos salvo la determinación de un régimen económico distinto del dotal y del la sociedad de gananciales. Parece que el texto del párrafo primero, *in fine*, del art. 1328 "sin otras limitaciones que las señaladas en este Código", no va más allá de una cláusula de estilo, puesto que de una lectura del articulado antes transcrito no es aventurado afirmar que casi todo son limitaciones o amenazas más o menos veladas de nulidad si los futuros cónyuges osaran desviarse lo más mínimo de lo preceptuado en el Código, o pretendieran esgrimir una mínima capacidad de decisión al margen de las estrictas reglas consignadas en el texto del Anteproyecto.

Además, en relación con los artículos propiamente cabe puntualizar dos asuntos cuya discusión se retoma en un apartado posterior. Primero, lo referente a la denominación "contrato sobre bienes en ocasión del matrimonio" como la terminología que se entiende dio origen al actual pacto capitular (una de las teorías tiende a

considerarlo un contrato entre cónyuges, Artículo 1323 CC). Segundo, lo relacionado con capitulaciones previas y la inmutabilidad del régimen.

### 2.2 Normativa aplicable en el Código Civil de 1889

La Ley de Bases del Código civil español, en su Base 22, dispuso: "El contrato de bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges, sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, entendiéndose que cuando falte el contrato o sea deficiente, los esposos han querido establecerse bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales".[24]

Este importantísimo principio de libertad de pacto para elegir el régimen económico matrimonial, sometido a la norma que avalaba la inmutabilidad del régimen, fue reproducido en el artículo 1315 del Código civil de 1889, como puede apreciarse del texto que lo regulaba. Así estuvo vigente en el ordenamiento jurídico español durante los próximos ochenta y seis años:

TÍTULO III.
DEL CONTRATO SOBRE BIENES
CON OCASIÓN DEL MATRIMONIO
CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales.

Art. 1315. Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.

A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio celebrado bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.

Art. 1316. En los contratos a que se refiere el artículo anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario alas leyes o a las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges.

Toda estipulación que no se ajuste a lo preceptuado en este artículo se tendrá por nula.

Art. 1317. Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores, las clausulas por

[24] Base 22 de la Ley de Bases del Código civil español de 11 de mayo de 1888.

las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código.

Art. 1318. El menor, que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales; pero únicamente serán válidas, si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio.

En el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio con arreglo a la ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales.

Art. 1319. Para que sea válida cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales, deberá tener lugar antes de celebrarse el matrimonio y con la asistencia y concurso de las personas que en aquellas intervinieron como otorgantes. No será necesario el concurso de los mismos testigos.

Sólo podrá sustituirse con otra persona alguna de las concurrentes al otorgamiento del primitivo contrato, o se podrá prescindir de su concurso, cuando por causa de muerte ú otra legal, al tiempo de otorgarse la nueva estipulación ó la modificación de la precedente, sea imposible la comparecencia, ó no fuese necesaria conforme a la ley.

Art. 1320. Después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros.

Art. 1321. Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio.

Se exceptúan de esta regla los bienes que se hallen en las condiciones a que se refiere el art. 1324.

Art. 1322. Cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales no tendrá efecto legal en cuanto a terceras personas si no reúne las condiciones siguientes: 1.a, que en el respectivo protocolo, por nota marginal, se haga indicación del acta notarial ó escritura que contenga las alteraciones de la primera estipulación; y 2.a, que, caso de ser inscribible el primitivo contrato en el Registro de la propiedad, se inscriba también el documento en que se ha modificado aquél.

El Notario hará constar estas alteraciones en las copias que expida por testimonio de las capitulaciones ó contrato primitivo, bajo la pena de indemnización de daños y perjuicios á las partes; si no lo hiciere.

Art. 1323. Para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquél contra quien se haya pronunciado sentencia ó se haya promovido juicio de interdicción civil ó inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que á este efecto se le designará por quien corresponda, según las disposiciones de este Código y de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 1324. Siempre que los bienes aportados por los cónyuges no sean inmuebles y asciendan a un total, los de marido y mujer, que no

> exceda de 2.500 pesetas, y en el pueblo do su residencia no hubiese Notario, las capitulaciones se podrán otorgar ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos, con la declaración, bajo su responsabilidad, de constarles la entrega, o aportación en su caso, de los expresados bienes.
>
> El contrato ó contratos originales se custodiarán, bajo registro, en el archivo del Municipio correspondiente.
>
> Cuando entre las aportaciones, cualquiera que sea su valor, haya alguna ó algunas fincas, ó los contratos se refieran a inmuebles, se otorgarán siempre por escritura pública ante Notario, conforme con lo prevenido en el art. 1321.
>
> Art. 1325. Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera ó extranjero y española, y nada declarasen ó estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen del derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles.
>
> Art. 1326. Todo lo que se estipule en las capitulaciones ó contratos a que se refieren los artículos precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse.

La declaración de la Base 22 de la Ley de Bases en torno a la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges no se corresponde con el articulado del Código de 1889 porque la única referencia a esa libertad se hace en el art. 1315, cuando señala que los futuros esposos pueden otorgar sus capitulaciones "estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros"…; ha desaparecido la relativa libertad que se recogía en el art. 1236 del Proyecto de 1851 relativo a "cualesquiera pactos" o a "otra cualquiera estipulación". Como se señaló, habrían de transcurrir ochenta y seis años para que esa libertad de pactos y, por ende, la posibilidad de que los cónyuges pudieran determinar el contenido de sus capitulaciones fuera una realidad.

Por último, es menester apuntar ahora que estos preceptos son, básicamente, la fuente de la normativa puertorriqueña vigente sobre el contrato capitular, aunque no refleja aún algunas de las más trascendentales transformaciones experimentadas en el ordenamiento español en sede matrimonial.[25] Y si bien ello es objeto de discusión

[25] En tiempos del periodo colonial español regían en Puerto Rico las leyes especiales que la Corona española extendía a sus provincias de Ultramar, si bien la Constitución española de 1876 también autorizaba la aplicación a tales territorios de las leyes promulgadas para la península, con las

detallada en el último capítulo de este trabajo, es necesario adelantar muy brevemente algunos de los aspectos más importantes de la normativa reguladora del contrato capitular en el ordenamiento puertorriqueño. Primero, téngase presente que la disciplina reguladora de la economía conyugal está insertada en un ordenamiento que no ha acogido la libertad de contratación entre cónyuges ni ha abandonado el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, si bien permite el contrato de compraventa cuando los cónyuges hayan pactado el régimen de separación de bienes.

En materia de capitulaciones matrimoniales concretamente, la normativa se recoge en los artículos 1267-1278 del Código Civil de Puerto Rico que forma parte del Libro IV sobre obligaciones y contratos, específicamente en su Título III.[26] Como sugiere su denominación, el texto tipifica el pacto capitular como un *contrato sobre bienes* que pone a disposición de los futuros cónyuges, *con ocasión de su matrimonio*, la opción de impedir la aplicación del régimen legal supletorio de gananciales con la finalidad principal de establecer el régimen económico que regirá su actividad patrimonial constante matrimonio. Se observa también que la referida normativa concede a los futuros cónyuges la libertad para pactar el contenido de sus capítulos, siempre que ello no resulte contrario a la ley, a las buenas costumbres ni depresivo de la autoridad que *respectivamente* les corresponda en la familia. No obstante, para que las capitulaciones matrimoniales sean válidas, así como sus modificaciones, tienen que otorgarse con anterioridad a la celebración del matrimonio y es indispensable la forma escritural como requisito de validez.

---

modificaciones necesarias. Es en ese escenario jurídico-político que llega a Puerto Rico, en las postrimerías del Siglo XIX, la corriente codificadora pues España extendió su Código civil a la Isla, al igual que a Cuba y a las Islas Filipinas, mediante Real Decreto del 31 de julio de 1889. El Código civil español así extendido a Puerto Rico quedó vigente por virtud de una orden militar del nuevo gobierno instaurado a consecuencia del cambio de soberanía producido por la invasión estadounidense a la Isla en 1898. Dicho cuerpo de ley fue enmendado parcialmente en 1902, y en 1930 se aprobó la edición vigente, luego de una revisión más técnica que de contenido; y en las siguientes ocho décadas el Código civil puertorriqueño ha sido objeto de innumerables enmiendas. En este contexto es imprescindible resaltar, por su trascendencia y pertinencia respecto de este trabajo, la legislación que en los años setenta transformó la normativa jurídica de la mujer casada e introdujo cambios en cuanto a los derechos y deberes de los cónyuges. Sobre el particular puede verse, en general, E. Vázquez Bote, Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho privado puertorriqueño, V. II, Equity Publishing, New Hampshire, 1993, págs. 1-88, así como las múltiples fuentes bibliográficas citadas en el Capítulo V de este trabajo.

[26] Código Civil de Puerto Rico, Arts. 1267-1278. 31 L.P.R.A. §§ 3551-3562.

### 2.3 Incorporación del principio de mutabilidad del régimen económico del matrimonio al Derecho español por ley 14/1975, de 2 de mayo

La Ley 14, de 2 de mayo de 1975 [27] cuya rúbrica rezaba *Reforma de Determinados Artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la Situación Jurídica de la Mujer Casada y los Derechos y Deberes de los Cónyuges,* introdujo cambios trascendentales a diversos aspectos de la regulación del matrimonio, entre los cuales hay que destacar, porque eran impostergables, la supresión del abominable deber de obediencia de la mujer a su esposo y la desaparición del execrable requisito de licencia marital. El legislador español respondió así a las corrientes de opinión que reclamaban que el Derecho Privado reflejara soluciones apremiantes en el ámbito de la situación jurídica de la mujer casada, pues esta sufría limitaciones en su capacidad de obrar que no tenían justificación.[28] Así se hacía constar en la Exposición de Motivos de la Ley, conocida popularmente como la "ley de independencia de la mujer casada"[29]:

> "Por lo demás, las normas en que tales limitaciones se contienen no pasan de tener una efectividad predominantemente formal, creadora de trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una sería (sic) protección de los intereses de orden familiar.
>
> Las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable y conveniente una revisión del derecho de familia. Tal propósito, sin embargo, sólo debe acometerse de manera prudente, tras un atento y detenido estudio de las posibles soluciones, un análisis de la realidad y de las necesidades verdaderamente sentidas, con la guía también de los elementos que puede aportar el derecho comparado y sin desconocer en ningún caso las exigencias éticas que de modo muy particular inciden sobre este sector el (sic) derecho.
>
> Hay, sin duda, algunos puntos en los cuales la dificultad de la reforma es menor y su regulación puede contribuir de manera señalada a una más justa estructuración de la situación jurídica de los cónyuges. Sobre todo importa reconocer a la mujer un ámbito de libertad y de capacidad de obrar en el orden jurídico que es consustancial con la

[27] Ley 14/1975, de 2 de mayo, BOE Núm. 107/1975, de 5 de mayo. También cambió la normativa que regula el matrimonio en otros importantes extremos tales como la nacionalidad y el régimen jurídico de la capacidad de obrar de la mujer casada, los efectos de la nulidad del matrimonio y los de la separación, y los derechos y obligaciones de los cónyuges, entre muchos otros.

[28] La reforma incluyó los actos de la mujer casada en la esfera mercantil y, puesto que las limitaciones a la capacidad jurídica de la mujer casada no se agotaban con la normativa del Código civil, fue necesario modificar también el Código de Comercio para que reflejara igual criterio y facilitara el comercio por cualquiera de los cónyuges. *Íd*. Apartado VII.

[29] Independencia respecto de la mujer casada dado el contenido de la ley, e independencia también por su fecha: 2 de mayo, fecha del levantamiento del pueblo español contra el ejército francés en 1808.

> dignidad misma de la persona, proclamada en las Leyes Fundamentales. Tales puntos son los relativos a la nacionalidad, a la actuación en orden jurídico y a la posible modificación postnupcial del régimen de bienes del matrimonio".[30]

Probablemente esta ley vino a representar una de las más importantes reformas en el seno del Derecho de familia en España, y, quizá, no se le ha concedido la trascendental importancia que tuvo y que sigue teniendo. No es baladí considerar que esta Ley 14/1975 sentó las bases de las ulteriores reformas del Derecho de familia español, e impuso el primer paso de un *íter* que tendría la continuación de las trascendentales modificaciones de las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Es de notar que el tema puntual de la inmutabilidad del régimen económico quedó reformado radicalmente por la mencionada Ley 14/1975 en cuanto el artículo 1.315 del Código Civil español fue modificado para admitir la posibilidad de cambiar el régimen económico constante matrimonio en los siguientes términos:

> Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones **antes o después de celebrarlo**, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.
>
> A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.[31]

[30] *Íd*. Apartado I.

[31] El resto de los preceptos reguladores de las capitulaciones matrimoniales en esta ley rezaban como sigue:

> **Art. 1316.**
>
> En los contratos a que se refiere al artículo anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o las buenas costumbres de los fines del matrimonio.
>
> Toda estipulación que no se ajuste a lo preceptuado en este artículo se tendrá por nula.
>
> **Art. 1319.**
>
> Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en aquellas intervinieron como otorgantes, si vivieren, y la modificación afectare derechos constituidos por tales personas en favor de los contrayentes, o a derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos.
>
> **Art. 1320.**
>
> Los cónyuges mayores de edad podrán en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico, convencional o legal, del matrimonio. Si alguno de ellos fuere menor de edad se estará a lo dispuesto en el artículo 1318.
>
> **Art. 1321.**
>
> Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan de ellas o del régimen económico conyugal habrán de constar necesariamente en escritura pública.
>
> Se exceptúa de esta regla los bienes que se hallen en las condiciones a que se refiere el artículo 1324.

La introducción de este cambio normativo constituyó una de las mayores reformas de su tiempo y, al decir de GULLÓN BALLESTEROS, dio "un giro a la tradición castellana, que el Código civil había recogido, de inmutabilidad del régimen. En efecto, unas capitulaciones después del matrimonio implican evidentemente una modificación del régimen legal, que es el de la sociedad de gananciales si no se han hecho antes de contraerlo, o del pactado, en caso contrario".[32]

Este mismo autor advierte que el legislador de 1975 no advirtió que el entonces nuevo Título Preliminar del Código civil (aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974) obligaba moralmente a la regla de mutabilidad. La afirmación se apoya en el hecho de que el artículo 9.3 del texto legal preceptuaba que el cambio de nacionalidad no alteraría el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acordaran los cónyuges y no lo impidiera su nueva ley nacional; y como el artículo 16.1 dice que los conflictos de leyes se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV, (entre las cuales se incluye la del artículo 9.3), entonces el cambio de vecindad era susceptible de destruir el principio de inmutabilidad del régimen económico del matrimonio, si los cónyuges pactaban con arreglo al derecho foral de su nueva vecindad, en el supuesto de que ese derecho admitiese la posibilidad de nuevas capitulaciones matrimoniales después del matrimonio. No obstante, unos cónyuges españoles con vecindad común no podían mutar su régimen.[33]

La intención de abandonar el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial quedó plasmada cabalmente en la Exposición de Motivos de la mencionada Ley 14, de 2 de mayo de 1975. Bien vale la pena citar extensamente lo indispensable:

> "El tercero de los puntos afectado (sic) por la reforma es el relativo a la modificación, constante matrimonio, del régimen económico-matrimonial por voluntad de ambos cónyuges. La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que, a través de los pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad.

---

[32] A. Gullón Ballesteros, Comentarios a las reformas del Código Civil: El nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975, Madrid, Ed. Tecnos, 1977, vol. II, pág. 1067.

[33] Para un análisis exhaustivo de los problemas que presentan las capitulaciones matrimoniales desde la perspectiva internacional privatista véase M. Diago Diago, Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado, Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 1999.

Frente a ello cabe señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción, es tradicional en los territorios de derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrarío, (sic) ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temido hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos.

Las capitulaciones matrimoniales son, como es sabido, un acto de carácter complejo, en el cual no se contiene solamente el pacto de los contrayentes dirigido a estatuir el régimen económico-matrimonial, sino que, a veces, incorporan también disposiciones hechas en favor de los dos contrayentes o de uno de ellos por otras personas. De aquí que se distingan dos tipos de modificaciones. Por una parte, los cónyuges pueden en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico anterior, sea éste convencional o legal. Para ello se ha exigido el requisito de la mayoría de edad, por ser el dato que proporciona la plena capacidad de obrar. Por otro lado, se ha contemplado también la posible modificación de las capitulaciones cuando contuvieran reglas o disposiciones en virtud de las cuales resultara constituido un derecho por otras personas en favor de los contrayentes o derechos constituidos por éstos en favor de aquéllas. Para que la notificación afecte a tales derechos, será necesario que la consientan los otorgantes, si vivieran todavía.

La modificación de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordenadas. La primera consiste en el establecimiento de un régimen de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico conyugal y sus modificaciones son objeto de publicidad a través del Registro Civil, con lo que se han fortalecido preceptos que ya se encuentran en la Ley de ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete. La publicidad registral se produce, además, a través, del Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles. Una regla complementaria del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las copias que expida.

La segunda medida de salvaguardia o de garantía es tan natural que no requiere de ningún comentario. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán les derechos ya adquiridos por terceros.” [34]

Es oportuno señalar que la norma de inmutabilidad de las capitulaciones y del régimen económico del matrimonio vigente antes de la reforma de 1975, además de

[34] Apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 14, de 2 de mayo de 1975.

haber sido abandonada en otros países antes que en España, también era contraria a las entonces denominadas legislaciones forales. La doctrina reiteradamente resaltaba ese hecho como un punto de apoyo adicional en su reclamo de que se adoptara en el Derecho común el principio de mutabilidad, fundamentándose en que la experiencia en las regiones forales no presentaba mayores inconvenientes, hecho que fue tomado en cuenta por el legislador español.[35]

Tal divergencia es posible también en el estado de Derecho vigente, pues, aunque la Constitución Española, en su artículo 149.1.8, se refiere a las "relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio" y somete a la competencia exclusiva del Estado español la fijación del sistema matrimonial, puede entenderse que el mandato sólo alcanza la normativa sobre las formas aptas para la celebración del matrimonio con eficacia jurídica, y sobre las normas sustantivas que han de regir la unión contraída en una determinada forma. Se entiende que este último extremo alcanza el vínculo matrimonial en sí mismo considerado, pero no los efectos externos de ese vínculo, por lo que lo relativo al régimen económico matrimonial se entiende excluido de la competencia estatal exclusiva.[36]

La reforma de 1975 produjo abundante literatura jurídica sobre la nueva posibilidad de cambiar el régimen económico constante matrimonio, así como sobre su orientación general.[37] En principio, era de esperarse que así fuera, porque la crítica doctrinal en torno al principio de inmutabilidad capitular había sido, en palabras de TORRALBA SORIANO,[38] "corrosiva", tanto en cuanto a los méritos que se invocaban

---

[35] V. Torralba Soriano, Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975, Madrid, Ed. Tecnos, 1977, vol. II, pág. 1080.

[36] P. De Pablo Contreras, Curso de Derecho Civil, 2da. ed., Madrid, Ed. Colex, Vol. I, 2001, pág. 97.

[37] Véase, entre otros, M. Amorós Guardiola y otros, Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975, Madrid, Ed. Tecnos, 1977, Vol. II, pág. 1299; A. Gullón Ballesteros, *op. cit.,* Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975, I Rev. Gen. LJ 81 (1977); R. Gómez-Ferrer Sapina, Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico matrimonial en el Código civil, en RCDI, 1978, pág. 493 y ss; A. Sanz Fernández, La situación de la mujer casada en Derecho civil, en *Libro-Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, Vol. II. V. Garrido De Palma, Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975, RDN, XCIII-XCIV, julio-diciembre 1976, pág. 58 y ss; Lete Del Río, José Manuel y Álvarez Caperochipi, Juan Antonio: Notas sobre la mutabilidad del régimen económico matrimonial en el derecho común, RDP, 1977, págs. 163-195.

[38] De hecho, este autor apunta que es perfectamente entendible que la *aspiración feminista de la equiparación jurídica de los cónyuges* se uniera al reclamo de la posibilidad de mutar el régimen económico matrimonial y las capitulaciones constante matrimonio, dado que en la mayoría de los casos de los cónyuges sometidos a la inmutabilidad preceptuada por el Derecho común la crisis matrimonial iba en perjuicio principalmente de la esposa porque el matrimonio seguía sometido al régimen ganancial y sin

tradicionalmente para justificar la imposibilidad de cambio del régimen económico constante matrimonio, como en relación con el impacto de tal exigencia en términos de eficacia. GULLÓN BALLESTEROS, por su parte, celebraba sin rodeos el recién estrenado cambio legislativo cuando afirmaba que "el nuevo régimen que ahora se instaura no merece más que alabanzas".[39] Así, quedaba claro que el nuevo estado de Derecho finalmente le había dado la razón al amplio sector doctrinal que reclamó el abandono de la prohibición de mutabilidad, sobre todo, porque su inflexibilidad no permitía a los cónyuges conformar su régimen económico matrimonial con las realidades circunstanciales de su convivencia matrimonial.

En ese sentido es de resaltar la importancia de la reforma de 1975, además, en relación con el concepto y la naturaleza del contrato capitular, particularmente en cuanto sirvió de enlace o transición hacia el cambio normativo que pocos años más tarde produjo el legislador de 1981. Desde ahora vale anotar que este aspecto tiene gran relevancia en esta investigación y por ello se discute en detalle en el capítulo dedicado exclusivamente a este asunto en el contexto del texto vigente del artículo 1325 del Código Civil. No obstante, hay que apuntar aquí que la crítica doctrinal en apoyo a la transformación de este aspecto, iniciada con la reforma de 1975, no se hizo esperar, y puede decirse, incluso, que se adelantó a los desarrollos legislativos que consolidaron posteriormente la reconceptualización del contrato capitular:

> "Comentando los artículos 1.319 y 1.320 del Código civil, tal como han quedado redactados después de la reforma de 2 de mayo de 1975, podríamos decir lo mismo que afirmaba Manresa respecto de los citados preceptos, tal como los redactó el legislador de 1889, esto es, que nuestro Código atiende «a la verdadera naturaleza de las capitulaciones, y a lo establecido en la inmensa mayoría de los Códigos modernos». Dicha afirmación la hacía Manresa en aquel momento en que nuestro Código establecía de manera machacona la inmutabilidad de las capitulaciones, la misma se puede repetir, después de la reforma de 2 de mayo de 1975, que en este punto ha establecido la regla opuesta: las capitulaciones puede modificarse no sólo antes, sino también después de celebrado el matrimonio. Entre un momento y otro se ha producido un cambio en la concepción de la naturaleza de las capitulaciones. Éstas ya no requieren de suyo la inmutabilidad, por el contrario, estando llamadas a regir la vida de

---

posibilidad de cambiarlo. Torralba Soriano, *op. cit.*, pág. 1085. Puede verse, por todos, M. De La Cámara Álvarez, La Separación de hecho y la sociedad de gananciales, ADC, 1969, pág. 3 y ss.

[39] Gullón Ballesteros, *op. cit.*, Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975, pág. 1068.

> un matrimonio que puede verse afectado por diversas vicisitudes, se estima lógico que el régimen económico del mismo pueda ser alterado en función de dichas vicisitudes. Esta distinta concepción de la naturaleza de las capitulaciones se ha proyectado sobre el derecho positivo."[40] (citas omitidas)

Otras consecuencias laudables y específicas de la adopción del principio de mutabilidad que se resaltaron entonces fuern las siguientes: que ello daba cabida a la condición y al término en el contrato capitular; que viabilizaría la confirmación sanatoria de las capitulaciones matrimoniales del menor de edad que las otorgara sin el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, y, que haría desaparecer los argumentos esgrimidos para reclamar la nulidad absoluta del contrato capitular cuyo consentimiento estuviere viciado.

Así, el rechazo legislativo a la inmutabilidad del régimen económico matrimonial vino a resolver la problemática que planteaba el que los futuros cónyuges no pudieran acordar el sometimiento de su economía matrimonial a un régimen sujeto a condición suspensiva puesto que, cumplida ésta, el matrimonio dejaba de gobernarse por el régimen legal supletorio y se sometía al acordado en el pacto capitular, poniendo así de manifiesto un cambio de régimen constante matrimonio. Igual efecto tenía para los contrayentes que pactaran el sometimiento del régimen económico a condición resolutoria, porque se exponían a que el cumplimiento de ésta provocara la extinción del régimen vigente acordado y entrara en vigor el pactado por ellos para tal caso, o el régimen legal por defecto. Y en cuanto al sometimiento de los capítulos a término, se decía que producía de forma igualmente crasa la mutabilidad del régimen constante matrimonio puesto que un término inicial de vigencia obligaba a que aplicara, si no se había pactado otro, el régimen ganancial hasta que llegara el referido término a activar la vigencia del acordado a esos efectos. Igualmente provocaba la mutación del régimen económico matrimonial el reconocimiento de eficacia a un término final de vigencia del contrato capitular, pues perdería efecto el régimen que venía rigiendo el matrimonio al quedar desplazado por el régimen acordado para sustituirle o por el legal supletorio, en ausencia de pacto a esos efectos.

Todas estas potenciales complejidades salieron del panorama, como puso de manifiesto GULLÓN BALLESTEROS:

---

[40] Torralba Soriano, *op. cit.*, pág. 1072.

> "Desaparecida la inmutabilidad impuesta por el Código civil antes de la ley de 1975, hoy es posible el juego de la condición y del término en el régimen económico del matrimonio. Quizá ello pueda servir para evitar una de las quiebras tradicionales del sistema ganancial. En efecto, en el supuesto de que de la unión no haya hijos, es justificado el temor de un cónyuge (piénsese en el que «gana» los gananciales para el otro) de que la mitad de los bienes vayan a la familia política al disolverse el matrimonio por la muerte del otro. Parece que la adopción del sistema ganancial sometido a condición resolutoria (si en *x* años no hay hijos) o a un término final, es instrumento útil pactando el régimen que ha de sustituir a aquél. No son, desde luego, las únicas combinaciones posibles con el término y la condición, pero se exponen estos ejemplos para resaltar que puede corregirse el defecto de regulación, apuntado ya desde antiguo, de la sociedad de gananciales en este punto. Claro está, se puede decir, que el mismo resultado se logra por la vía de unas nuevas capitulaciones. Pero a eso se puede responder observando que acaso no sea ya posible lograr el consentimiento del otro cónyuge, requisito imprescindible, y sí en el inicio de la unión matrimonial, para una condición o un término."[41]

De otra parte, si es incuestionable la trascendencia de la introducción del principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial en el ordenamiento español por vía de la modificación del entonces artículo 1315 CC, cierto es que hubo otros cambios de comparable importancia que, por razones obvias, no es viable abordar en este estudio. Sin embargo, es necesario destacar que el artículo que le seguía inmediatamente sufrió una alteración que, si bien puede considerarse pequeña, pudo ser significativa. El primitivo texto del artículo 1316 CC prohibía a los futuros cónyuges acordar en el contrato sobre bienes con ocasión de su matrimonio, estipulaciones contrarias a las leyes o las buenas costumbres o depresivas de la autoridad que respectivamente les correspondiera en la familia. El texto reformado del precepto sustituyó la prohibición por una referencia a las estipulaciones *contrarias a los fines del matrimonio.* Con ello se pretendió, según explica DÍEZ PICAZO, hacer desvanecer la idea de autoridad para dar paso una estructuración de la relación conyugal en un plano de igualdad jurídica. Advirtió, sin embargo, que ello resultaba coherente sólo en referencia a la idea de autoridad de un cónyuge sobre otro y por eso hubo de aclarar que no debía entenderse que el nuevo texto del precepto hubiera querido suprimir la referencia a otras instancias de autoridad en el plano familiar, cual es la ostentada por

[41] Gullón Ballesteros, *op. cit.*, Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975, pág. 1069.

los padres con patria potestad sobre sus hijos menores.[42] Somos conscientes del efecto que tuvieron posteriormente los cambios legislativos producidos por la reforma de 1981 en esta cuestión, que han consumido mares de tinta y no es pacífica aún, pero basta una remisión a lo discutido sobre el particular al abordar, en un capítulo autónomo, los límites a la autonomía de la voluntad en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales.

Por ahora baste con resaltar que al comentar el texto del citado artículo 1316, DÍEZ PICAZO advertía que el nuevo texto —tanto como el previo— era insatisfactorio a los fines de delimitar el alcance de la voluntad privada en el contrato capitular, "*pues no se comprende bien de qué manera un contrato que es sobre bienes, esto es, sobre la economía conyugal, de alguna manera puede resultar contrario a las buenas costumbres o a los fines del matrimonio, entendiendo por tales el amor conyugal y la procreación de la prole de acuerdo con la doctrina cristiana o la mutua convivencia a que la ley civil parece referirse. A nuestro juicio ningún sistema económico de bienes resulta atentatorio a tales ideas, a menos que se produzca una completa reducción al absurdo*".[43] Por ello se lanzó a adelantar que la intención legislativa pareció dirigirse a establecer que en un contrato *sobre régimen de bienes* no caben estipulaciones sobre las relaciones personales *no económicas* a menos que estén "*conformes con la ética imperante y con los fines del matrimonio, o dicho de otro modo, las capitulaciones matrimoniales permiten un doble contenido económico matrimonial o personal, más así como en materia económica rige el principio de libertad, en materia de relaciones personales rige un principio restrictivo*".[44] En esta cuestión, debe reiterarse, la reforma de 1981 que se discute a continuación tuvo un impacto crucial.

## 3. Consagración del libre otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por Ley 11/1981, de 13 de mayo

La aprobación de la Ley 11, de 13 de mayo de 1981[45] sobre *modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del*

[42] Díez-Picazo, Comentarios a las reformas del Derecho de familia: El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975 Madrid, Ed. Tecnos, 1977, Vol. II pág. 1071.
[43] *Íd*. Pág. 1071.
[44] *Íd*.
[45] BOE Núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

*matrimonio*, en conexión con la Ley 30, de 7 de julio de 1981, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y *se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*,[46] supuso una amplia y trascendental reforma de diversos aspectos del Derecho de familia.[47] El estudio exhaustivo de su impacto total está fuera del alcance de esta investigación, pero como mínimo es menester hacer referencia a algunas cuestiones.

Si bien la Ley 11/1981 no tiene Exposición de Motivos, sí la tiene el Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 que el Gobierno remitió a las Cortes. Allí se afirma que aunque la reforma de 1975 adoptó el principio de igualdad entre hombre y mujer en sus relaciones personales como cónyuges, no modificó la organización económica de la sociedad conyugal.[48] Por ello la reforma de 1981 procuró extrapolar la igualdad entre hombre y mujer al ámbito patrimonial, dándole consecuencias máximas en cuanto confirió a los cónyuges iguales facultades, derechos y obligaciones en la economía conyugal. Así, la referida Exposición de Motivos aludía a la idea de igualdad como la "*clave"* de la reforma y ponía de manifiesto su objetivo de dar continuidad a las ideas gestadas poco más de un lustro antes:

> "La ley de 2 de mayo de 1975 rectificó, atendiendo demandas urgentes de nuestra sociedad, una orientación legislativa ya ampliamente superada en la jurisprudencia de los países desarrollados, al liberar a la mujer casada de las trabas personales y patrimoniales que le imponían, en obsequio al marido y por razón de un cierto modo de entender la unidad de los cónyuges y la familia, diversos preceptos de nuestro Código, inspirados, a su vez, en el de Napoleón.
>
> La nueva versión de 1975 establecía, como principio rector de las relaciones personales entre esposos, el de la igualdad de varón y mujer, pero no alteraba la organización económica de la sociedad conyugal o de las relaciones entre padres e hijos que, fundadas ambas sobre el principio de la superioridad del marido y el padre, atribuían al varón el gobierno, con amplios poderes, de la economía del matrimonio; e igualmente de la

[46] BOE Núm. 172, de 20 de julio de 1981.

[47] Véase J. Rams Albesa y J. Moreno Martínez, El Régimen Económico del Matrimonio (Comentarios al Código civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial), Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2005, págs. 43-181; C. Paz-Ares Rodríguez y otros, Comentario del Código Civil, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, T. II, 1993, págs. 571-615 (por M. Herrero García Y A. Cabanillas Sánchez); I. Sierra Gil De La Cuesta y otros, Comentario del Código Civil, Barcelona, Ed. Bosch, 2000, T. 7, págs. 5-57. (por L. Martínez-Calcerrada Gómez); J. Albácar López, Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, Ed. Trivium, 1995, T. IV, págs. 1261-1343 (por A. Gullón Ballesteros).

[48] Cortes generales, trabajos parlamentarios: Código civil (REFORMAS 1978-1983), Vol. I, Madrid, Ed. Gabinete de Publicaciones del Congreso de los Diputados, Secretaría General, 1984, pág.169.

> persona y los bienes del hijo menor. De donde la libertad concedida de esposa y madre por la nueva ley quedaba habitualmente muy incompleta, al no tener aquélla, en el régimen legal de sociedad de gananciales, acceso suficiente a los medios económicos más frecuentes e inmediatos de los cónyuges, que son las ganancias del trabajo y las rentas de sus bienes; caudal que, sujeto a la gestión del marido, correlativamente quedaba fuera de la esfera de influencia de la mujer y no podía servirle como medio de hacer valer la deseada autonomía personal. De igual modo la madre seguía apartada de cualquier nivel de decisión mínimamente importante en las incumbencia es de sus hijos menores."[49]

En materia del régimen económico del matrimonio, se ha señalado que, en términos generales, los hitos principales de la reforma española de 1981 fueron (1) la libertad de contratación como consecuencia de la posibilidad de mutar los capítulos matrimoniales (2) la coadministración de los bienes gananciales y (3) la introducción del régimen de participación.[50] A ello hay que añadir el importantísimo elenco de preceptos, 1315 a 1324 del Código civil, que, bajo la rúbrica de "Disposiciones Generales", constituyen un importantísimo entramado de normas, de carácter imperativo la mayoría de ellas; aplicables, en principio, a cualquier régimen económico del matrimonio y receptores de los principios básicos por los que ha de regirse la economía conyugal.

Sin subestimar los desarrollos cardinales que trajo, se dice que la reforma operada por la Ley 11/1981 fue menos importante que la reforma de 1975 en cuanto a capitulaciones matrimoniales respecta, si bien aquella constituyó una segunda etapa de la amplia reforma iniciada por esta en esa materia.[51] Hay que anotar, además, que la Ley 11/1981 no sólo mantuvo el principio de mutabilidad del régimen económico

---

[49] *Íd*. Pág. 170. El resto de la cita es igualmente pertinente:

> "La presente reforma ha llevado el principio de igualdad entre los cónyuges a sus últimas y justas consecuencias, ya borrando ciertas distinciones que persistían en las relaciones personales, ya, sobre todo, confiriendo a cada uno en el aspecto patrimonial, iguales facultades, derechos y obligaciones. De ahora en adelante cada cónyuge gobernará y regirá sus bienes y actividades económicas sin más trabas que la respectiva contribución a las cargas familiares o las derivadas del hecho de no ser suyos, sino comunes ciertos bienes obtenidos por él, o de la eventual obligación de dar cuenta de sus actividades lucrativas al otro cónyuge. De otra parte, en la economía conyugal, y singularmente la sociedad de gananciales, ninguno de los dos será superior al otro, ni tendrá atribuidas por la ley concretas facultades o privilegios en cuanto varón o mujer."

[50] P. Ávila Álvarez, El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil, en RCDI, núm. 547, noviembre-diciembre 1981, pág. 1373, 1374; M. A. Rueda Pérez Y J. M. Rueda Pérez, Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la Sociedad de Gananciales tras la reforma del Código Civil, en R.D.P., junio 1982, pág. 591.

[51] M. Amorós Guardiola y otros, Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Madrid, Ed. Tecnos, 1984, Vol. II, pág. 1519.

matrimonial constante matrimonio, introducido por la reforma de 1975, sino que lo consagró, haciéndolo formar parte de un rediseñado esquema normativo que dedicó el título tercero del libro cuarto a la regulación de los regímenes económicos del matrimonio.[52] Al referirse, particularmente, a la nueva articulación de un conjunto flexible de escenarios de disolución de la sociedad ganancial, el legislador de 1981 aseguraba que ello, conjuntamente con la nueva posibilidad de que los cónyuges pudieran capitular también constante matrimonio, permitiría superar muchas de las dificultades resultantes de la vigencia del régimen ganancial en situaciones «*anormales*» del matrimonio.[53]

En su día ÁLVAREZ-SALA WALTHER[54] planteó que la amplia reforma de 1981, en lo referente al entonces nuevo Título III, fundamentaba «como paredes maestras de un edificio» una nueva organización económica matrimonial que afianzó el principio de libertad de estipulación capitular, pero varió el marco de las limitaciones resultantes de los aspectos imperativos de la normativa codificada anterior. Y pronto advirtió el potencial de dificultades que ello plantearía, puntualmente, por ejemplo, en el contexto de la reiteración imbricada en el art. 1328 CC al aludir a la nulidad de cualquier estipulación *limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.*

ÁVILA ÁLVAREZ, por su parte, atisbó algunos puntos conflictivos de la reforma que consideró "*virgen todavía, no hollada por la doctrina ni la jurisprudencia*", entre los que destacó los aspectos que afectaban más directamente al tráfico de inmuebles. En ese contexto también mostró preocupación por el curso que habría de tomar la limitación del art. 1328 CC en la definición del contenido posible del contrato capitular, así como en relación con aspectos relativos a su ineficacia y a las limitadas indicaciones registrales previstas en al final del art. 1333 CC.[55]

---

[52] El tema ha sido estudiado exhaustivamente. Véanse, por todos, A. Cabanillas Sánchez, Los sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial, RDR, 1986, pág. 43 y ss; Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial según el Código civil, en *Libro Homenaje a Juan B. Vallet De Goytisolo*, Vol. V, Madrid, 1988, pág. 83 y ss.; La mutabilidad del régimen económico matrimonial, ADC, Vol. 47, Núm. 2, abril-junio 1994, pág. 115 y ss.

[53] Cortes generales, trabajos parlamentarios, Código civil, *op. cit.*, pág. 172. También se señalaban como aspectos socio-económicos de gran calado, la adopción de la libertad de contratación entre cónyuges y la prioridad reconocida a la seguridad del tráfico jurídico y a la protección de los derechos de terceros frente al cambio o modificación del régimen económico matrimonial, entre otros.

[54] J. Álvarez-Sala Walther, Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular, RDN, abril-junio 1981, pág. 7 y ss.

[55] Ávila Álvarez, *op. cit.*, pág. 1377-78.

Sobre el tema de la mutabilidad del régimen económico matrimonial, de particular tangencia con los planteamientos centrales expuestos a lo largo de este trabajo, CABANILLAS SÁNCHEZ[56] resaltaba la trascendencia sociológica que tuvo abandonar el principio de inmutabilidad al apuntar que la nueva posibilidad era causa determinante del gran aumento experimentado en el número de capítulos matrimoniales otorgados entre cónyuges sometidos al Derecho común. Así, reconocía que es precisamente durante la vigencia de la relación matrimonial que la búsqueda del mejor interés familiar puede hacer recomendable que los cónyuges procedan a otorgar capitulaciones matrimoniales:

> "Con anterioridad a la reforma de 2 de mayo de 1975, las capitulaciones matrimoniales en los territorios de Derecho común se otorgaron escasamente, debido a que no podían ser post nupciales. Es un fenómeno sociológico que se observa en todos los países que las convenciones sobre el régimen económico matrimonial no suelen establecerse antes de la celebración del matrimonio, sino durante el mismo. En Francia, donde se ha analizado con rigor el fenómeno, diversas encuestas realizadas por el Instituto de la Opinión Pública (INOP) han evidenciado las principales razones que lo explican. De los resultados de las mismas se extrae la conclusión de que la mayor parte de los que contraen matrimonio no están informados, al menos suficientemente, antes de casarse del contrato de matrimonio (las capitulaciones matrimoniales), del régimen legal y de los regímenes convencionales. Por ello, se ha dicho que la libertad de las convenciones matrimoniales que este establece el Código civil es una libertad "ignorada" para la inmensa mayoría de los que contraen matrimonio. Además, se observa que la adopción del régimen legal parece, de hecho, más el resultado de una actitud pasiva respecto a las convenciones matrimoniales que el objeto de una reflexiva elección por parte de los interesados. En nuestra doctrina se ha puesto de relieve este problema en relación con la sociedad de gananciales, destacándose que los contrayentes celebran el matrimonio bajo un régimen económico que ni siquiera conocen o del que sólo tienen una vaga referencia. No puede considerarse como una capitulación matrimonial tácita. He aquí las razones que explican el escaso número de las capitulaciones matrimoniales en los territorios de Derecho común cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial y porque se capitulaba en mucha mayor medida en los de Derecho foral." (citas omitidas)

Estas afirmaciones venían avaladas por estadísticas notariales que evidenciaban un intenso aumento en el número de capitulaciones otorgadas por cónyuges sujetos a las

[56] A. Cabanillas Sánchez, Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial según el Código civil, en *Libro-Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, Vol. V, Madrid, 1980, pág. 86.

normas de Derecho común y, a su juicio, ello indudablemente respondía a la derogación del principio de inmutabilidad. Si bien afirmaba que lo más frecuente eran las capitulaciones de cónyuges que estaban separados de hecho y decidían cambiar al régimen de separación de bienes, igualmente era frecuente que lo hicieran cónyuges que necesitaban poner alguna parte del patrimonio ganancial a resguardo de los riesgos económicos resultantes de su actividad productiva o comercial.[57]

No desconoció este autor que podía cuestionarse la incidencia de la reforma de 1981 en el cambio hacia la mutabilidad según introducido en 1975. Sobre ello estimó que no parecía que fuera a decrecer el número de capitulaciones matrimoniales a consecuencia de la introducción de la posibilidad del divorcio y de las soluciones dadas a la separación de hecho pues ésta no necesariamente tenía que conducir al divorcio o a la separación judicial. Y, aún si así ocurriera, podría transcurrir un tiempo relativamente largo durante el cual los cónyuges tenían la alternativa de poner fin a determinados problemas de la crisis matrimonial haciendo uso de la posibilidad de capitular constante matrimonio. De hecho, en ese contexto adelantó su criterio sobre la posibilidad de que los cónyuges pudieran pactar, incluso, normas concretas de regular los efectos liquidatorios patrimoniales de la crisis, aunque se refirió específicamente a la "futura configuración del contenido del convenio regulador previsto en el artículo 90".[58]

A juicio de CERDA GIMENO, la disciplina básica en materia de capítulos matrimoniales resultó en un esquema normativo susceptible de inducir a una pluralidad de lecturas interpretativas, ancladas en diversos criterios, a saber: el histórico, el literal. el lógico y/o técnico-jurídico y el sistemático. Incluso, este autor apuntó una quinta lectura posible que le llevó a afirmar que se trata de "normas *heredadas*, recibidas por vía de tradición, ya que su *germen* puede detectarse bien en la primitiva redacción del Código Civil, bien en la ley de 2-5-1975, bien en los comentarios doctrinales".[59]

---

[57] Este autor llegó a la misma conclusión a base de su análisis de datos notariales posteriores. Véase A. Cabanillas Sánchez, La mutabilidad del régimen económico matrimonial, ADC, Vol. 47, Núm. 2, abril-junio 1994, pág. 119.

[58] A. Cabanillas Sánchez, *op. cit.*, Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial según el Código civil, pág. 88. (También se refirió este autor a la incidencia del otorgamiento de capitulaciones post matrimoniales en el ámbito sucesoral pues consideró que en ese contexto, la adopción de la norma de mutabilidad capitular cobró una importancia práctica que antes no tenía ya que los pactos sucesorios que el Código civil admite excepcionalmente eran también contenido posible de las capítulos otorgadas constante matrimonio.)

[59] En este sentido, J. Cerda Gimeno, Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981, en *Estudios Sobre Derecho de Familia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

Sabido es que el transcurso de más de tres décadas de vigencia de la citada reforma no ha sido suficiente para agotar las discusiones doctrinales, jurisprudenciales y legislativas en torno a las múltiples cuestiones que fueron suscitándose en relación con el nuevo estado de Derecho. Algunas de las cuales son abordadas en el apartado siguiente, al discutir ciertos preceptos recogidos en las Disposiciones Generales, o en capítulos posteriores al discutir los límites a la autonomía de la voluntad en el contrato capitular y su naturaleza y contenido a la luz del esquema normativo vigente, asentado en la trascendental reforma de 1981. Con todo, si se amplía la perspectiva para referirse a la normativa sobre régimen económico del matrimonio en su espectro más amplio, habría que coincidir con la apreciación que hiciera algún autor hace una década —pero reiterable hoy— en el sentido de que, si bien la reforma de 1981 adaptó las normas codificadas al principio de igualdad jurídica conyugal, por los próximos 25 años, en esta disciplina "*prácticamente no se ha tocado una coma*".[60]

Es probable que haya consenso para coincidir con este autor en cuanto a que el fenómeno no responde a que la materia carezca de trascendencia en sede de la normativa matrimonial, sino que, en el ámbito integrado del derecho privado familiar, la economía conyugal tiene menos repercusión política o ideológica porque es más técnico y, ciertamente, incita menos «espectacularidad mediática» que muchos otros temas de Derecho de familia, particularmente los que guardan relación más estrecha con fundamentos constitucionales.[61]

## 4. Inclusión de esta materia en las denominadas "Disposiciones generales" de los regímenes económicos del matrimonio

Las innovaciones de la reforma de 1981, en cuanto al régimen económico del matrimonio respecta, comenzaron en el primer Capítulo del Título Tercero, bajo el epígrafe de "Disposiciones Generales". Allí se reúnen diez artículos que pretenden formar la peana de las relaciones económicas matrimoniales, con pretendida independencia del régimen particular que adopten los cónyuges. No se pretende un

[60] M. González-Meneses García-Valdecasas, El régimen económico matrimonial en el Código civil: una revisión crítica veinticinco años después, *en El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, (dir. José María Navarro Viñuales) Cizur Menor, Navarra, Ed. Aranzadi, 2006, pág. 49.

[61] *Íd.* Pág. 50.

estudio pormenorizado de todos los preceptos atendidos en las referidas "Disposiciones Generales", sino solo una referencia concreta a determinadas normas que interesan por su proyección y potencial incidencia en el tema que es objeto de este trabajo. Algunas de estas cuestiones se tratan con autonomía en los próximos dos capítulos. Aquí, conscientemente, se plantea, de modo general, el tratamiento del articulado de referencia a las tres libertades que interesan: el otorgamiento de capitulaciones, la elección del régimen económico y el contenido de aquellas.

Algún sector de la doctrina se refiere a las Disposiciones Generales en su conjunto como el "régimen matrimonial primario",[62] a pesar de que no constituyen un régimen en sí, sino una sucesión de normas dirigidas a aplicar de manera común a todos los regímenes.[63] De hecho, algunas de ellas pierden su carácter general en cuanto están referidas a un régimen particular y otras quedan desplazadas por normas más específicas en algunos de los regímenes concretamente regulados en el Código.[64]

Algún autor[65] atribuye la divulgación y generalización de la expresión entre los juristas españoles a LACRUZ, que al respecto adelantaba: "Con el nombre de *régimen*

---

[62] La doctrina francesa ha manejado la expresión *régimen primario* para referirse al régimen imperativo que constituye el mínimo irreductible de la dinámica económica del matrimonio. FERNÁNDEZ CABALEIRO adoptó el concepto fundamentándose en que la contratación matrimonial debía estar sometida a determinados límites infranqueables, tanto en cuanto los cónyuges estuvieran sometidos al régimen ganancial como al de separación. E. Fernández Cabaleiro, El régimen económico matrimonial legal en Europa, Ed. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1969, pág. 51.

[63] J. Barceló Doménech, Disposiciones Generales, en *El Régimen Económico del Matrimonio* (Comentarios al Código civil: Especial Consideración de la Doctrina Jurisprudencial) 45 (RAMS ALBESA, J. J., Y MORENO MARTÍNEZ, Juan A., coords.), Madrid, Dykinson, S.L., 2005.

[64] En el sentido apuntado, véase, por ejemplo, la STS 19 de noviembre de 1997 (RAJ 1997/7978), que desestimó un recurso interpuesto a base, entre otros, de un motivo de casación formulado al amparo del núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1322 del Código Civil. La actora entendía que "el ejercicio del derecho de opción y la celebración de la compraventa, aquél contraído sólo por el marido codemandado y ésta a celebrar por el marido y la mujer codemandados, es acto a título oneroso, que, como dice el artículo 1322, primer párrafo, es anulable, cuya acción de anulabilidad no se ha ejercitado ni prosperado". En tal dictamen, por voz del Excmo. Sr. D. Xavier O'Çallaghan Muñoz, se hace referencia en el fundamento TERCERO a las disposiciones generales del capítulo primero del Título III como "conjunto de normas inconexas, que se ha dado en llamar, por alguna parte de la doctrina "régimen matrimonial primario", pero no hay duda que no todas las normas se aplican a todo matrimonio. El artículo 1322 es un claro supuesto: este artículo es aplicable exclusivamente al régimen de gananciales y además, es reiterativo de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1375 y reitera, para los actos de disposición a título oneroso, lo que dispone el artículo 1377 y para los actos de disposición a título gratuito, lo que dispone el artículo 1378. No es aplicable al matrimonio en régimen de separación de bienes, en el que la ley no requiere nunca que, para un acto de administración o disposición de bienes, uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro.

Por lo cual, este motivo no puede ser estimado, ya que alega infracción de una norma no aplicable al matrimonio demandado, casado en régimen de separación de bienes, ni es aplicable la doctrina jurisprudencial que cita sobre la anulabilidad de actos dispositivos de bienes de la «sociedad conyugal» cuando en el presente caso, no la hay".

[65] Barceló Doménech, *op. cit.*, pág. 45.

*matrimonial primario* se conoce en la doctrina, desde hace poco tiempo y por influencia francesa, el conjunto de aquellas normas que, refiriéndose a la economía del matrimonio, se aplican a todos y cada uno de los celebrados bajo la disciplina del Cc. y con independencia de si se rigen por un estatuto de comunidad o uno de separación. No así como regla básica de los restantes regímenes económico-matrimoniales vigentes en España. La reforma del C.c. ha aceptado esa orientación como introducción al título que trata «del régimen económico del matrimonio», contiene un capítulo primero, «disposiciones generales», que agrupa una serie de preceptos bastante inconexos pero que tienen como característica y denominador común éste de valer para los esposos en cualquier caso".[66]

DÍEZ PICAZO y GULLÓN representan a un amplio sector doctrinal que cuestiona la idea de que las disposiciones generales que preceden a la regulación concreta de los regímenes económicos conyugales en el Código Civil son un *régimen matrimonial primario* porque valen para todo matrimonio, sea que se sometan al régimen legal o a uno convencional. En ese sentido, afirman tajantemente: "La idea de un 'régimen matrimonial primario' nos parece equívoca. En puridad no existe un régimen económico que sea simple y se pueda oponer a otros más evolucionados o complejos. Y no hay tampoco una serie de problemas de solución más inmediata que otros. Los arts. 1315 y siguientes van encabezados por una rúbrica que los considera como 'Disposiciones Generales', y esto es lo que son, aunque su pretendida generalidad pueda ser cuestionada".[67]

Otro autor, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, atribuye menos importancia a la denominación que se utilice. Asevera que tras la Reforma de 1981: "Aparecen en el nuevo articulado unas "disposiciones generales" "del régimen económico matrimonial", según denuncia el epígrafe del título reformado en su primer capítulo. Se trata de

[66] J. Lacruz Berdejo, Elementos del Derecho Civil VI, Familia, 4ta ed., Madrid, Ed. Dykinson, 2010, pág. 123. (Revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA). Véase, además, T. Giménez Duart, La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981, RDN 1981. (Se refiere al régimen económico matrimonial primario como un conjunto de normas "en gran parte imperativas, que disciplinan las relaciones patrimoniales básicas del matrimonio con independencia de los acuerdos de los cónyuges en orden a su concreto régimen económico matrimonial. Es, podríamos decir, el estatuto básico del matrimonio en su perspectiva patrimonial"). En igual sentido, V. Garrido De Palma, El Matrimonio y su Régimen Económico, en *El nuevo derecho de familia español*, Madrid, 1982. (Usa la denominación "estatuto de base" para referirse al conjunto de derechos, facultades, deberes, prohibiciones y limitaciones que tienen efecto con la celebración del matrimonio y cuyo objetivo principal es permitir el cumplimiento de los fines patrimoniales del matrimonio)

[67] L. Díez-Picazo y A. Gullón Ballesteros, Sistema de Derecho Civil IV, 10ma ed., Madrid, Ed. Tecnos, 2007, pág. 140.

preceptos aplicables, en principio, cualquiera que sea el régimen económico elegido u originalmente estructurado, o supletorio, que rija en el matrimonio. Lo discutible es si aquellas disposiciones generales son, a la vez, imperativas o si, por el contrario, pueden quedar suprimidas en virtud de convención capitular. La duda se centra sobre los arts. 1318 a 1322. Sólo interesa plantearse aquí los aspectos rigurosamente imperativos de tales preceptos y el margen de su derogabilidad capitular. Otros problemas —variadísimos— que tales artículos suscitan no corresponde abordarlos en este estudio."[68]

Del mismo modo, RUBIO SAN ROMÁN, entre otros, se muestra en apoyo de aquella parte de la doctrina que considera desacertado el uso de la denominación de "régimen primario". Estima que no se trata de un conjunto normativo que refleje la coherencia y la estructura características de un sistema económico matrimonial, y no regulan orgánicamente todos los intereses pecuniarios o patrimoniales en las relaciones matrimoniales puesto que "son insuficientes entre sí para organizar en sus diferentes aspectos las relaciones económicas de los cónyuges de modo integral".[69] A esos efectos añade:

> "La propia sistemática y terminología legales en el Código Civil enseña que el Código las denomina "Disposiciones Generales, no régimen ni sistema y que los sitúa como algo previo general a los distintos regímenes económicos.
>
> No se trata, por tanto, de otro régimen. Son pues, "Disposiciones Generales''.
>
> A este respecto, señala Rams, que una buena parte de la doctrina, en consonancia con la presentación oficial de la Reforma de 1981, ha entendido que el denominado régimen primario debería o era de aplicación a la totalidad de los regímenes matrimoniales españoles, como reflejo de la regulación del matrimonio, pero no es así. El contenido, estructura y efectos de los regímenes matrimoniales previstos en las legislaciones civiles particulares o forales no están afectados en absoluto por los preceptos que el Código recoge bajo la rúbrica "Disposiciones Generales", siguen rigiéndose por sus propias normas, del mismo modo que estos preceptos no son de aplicación independiente respecto del régimen, esta vez de los del Código, que rija en cada matrimonio, sino que debe integrarse dentro del propio régimen. En puridad no se trata de preceptos imperativos, propiamente dichos, sino de preceptos que contienen conductas y posiciones obligadas que deben ser observadas dentro de la sistemática que aporta cada régimen en particular, aunque por desgracia

[68] J. Álvarez-Sala Walther, Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular, abril-junio, Revista de Derecho Notarial, pág. 17 (1981).

[69] J. Rubio San Román, El Régimen Matrimonial Primario, 31 Rev. Jur. U.I.P.R. 447, 450 (1997).

han sido redactadas bajo el punto de vista dominante de la sociedad de gananciales."[70]

Este autor, sin embargo, reconoce que algunos juristas, entre los que ubica la obra antes citada de LACRUZ, utilizan la expresión "Régimen Primario" laxamente, más bien por conveniencias del lenguaje jurídico, pero sin desconocer que no se está ante otro régimen en sí, como los tipificados en el Código civil.[71] Asimismo, ALBALADEJO ya advertía que la denominación "…no debe crear confusión: no se trata de otro régimen junto al de gananciales, separación, etc., sino –insisto– de algunas pocas normas de aplicación común en todos los regímenes, que establecen una regulación a la que, con más o menos acierto, se llama, como digo, régimen matrimonial primario".[72]

Más allá del debate sobre la denominación, parece haber consenso doctrinal sobre el interés del legislador de dar vocación de generalidad a la referida serie de disposiciones, de modo tal que limitaran la libertad de los cónyuges en aras de proteger una determinada valoración de la vida matrimonial que considera fundamental; y de ese modo inmunizarla contra los efectos de una dilatada voluntad privada de los contrayentes; para las que la doctrina y la jurisprudencia acuñaron la referida terminología. A juicio de CUADRADO PÉREZ, el legislador español era consciente de que si la libertad de los cónyuges fuera absoluta tendrían la posibilidad de pactar un régimen matrimonial que omitiera totalmente el aspecto patrimonial del matrimonio y quebrantara, así, la noción del negocio jurídico matrimonial que lo concibe como el "modo de establecer una comunidad de vida no sólo espiritual o afectiva, sino también

[70] Rubio San Román, *op. cit.*, pág. 450.

[71] *Íd*. Pág. 449.

[72] M. Albaladejo García, Curso de Derecho Civil, 10ma ed., Madrid, Edisofer, 2006, T. IV, pág. 142. En igual sentido, F. Puig Peña, Fundamentos de Derecho civil, familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad y tutela, Barcelona, 1985, pág. 234 expone que: "con independencia del régimen económico matrimonial que los cónyuges elijan y del que en su defecto imponga la Ley, ésta ha de contener unas disposiciones que respondan a lo que hay de unidad inevitable en todo matrimonio y que sean de aplicación a cualquiera de dichos regímenes". De manera similar, otro autor afirma que tales preceptos "no constituyen un verdadero régimen económico matrimonial, sino una serie de reglas aplicables a las relaciones patrimoniales entre cónyuges con carácter general. Acaso de ello derive su carácter primario, más no hay que perder de vista que algunas de tales reglas han de conectarse a las previstas para el régimen económico del concreto matrimonio al que se aplican. De otra parte, tampoco todas ellas tienen carácter imperativo, sino que algunas incluyen elementos de disponibilidad". M. Clemente Meoro, El Régimen Económico Matrimonial, en *Derecho de Familia*, (coord. Gema Díez-Picazo Giménez) Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters, 2012, pág. 546.

material".[73] Ello indujo a la reforma española de 1981 a seguir el modelo adoptado por su homóloga francesa tres lustros antes:[74]

> "La introducción de estas normas imperativas tiene su origen en la reforma de la regulación patrimonial del matrimonio en el *Code* francés operada en virtud de la Ley de 13 de julio de 1965. En ella se introdujo en Francia un nuevo sistema donde se otorgaba a los esposos, como expresión del principio de autonomía privada de la voluntad, una libertad para configurar sus relaciones patrimoniales considerablemente más amplia que en las redacciones anteriores de dicho cuerpo legal. No obstante, al ser consciente de los peligros que dicha flexibilidad podía entrañar, el legislador galo introdujo una barrera infranqueable, que la doctrina designó con el nombre de "*régime primaire impératif*". Este régimen supuso una limitación al antedicho principio de autonomía, y permitió establecer un mínimo grado de comunidad de vida entre los consortes desde una perspectiva patrimonial, en aras a conservar la esencia del negocio jurídico matrimonial."

Más concretamente puede afirmarse que el importante rol de las denominadas Disposiciones Generales como límites a la voluntad privada de los cónyuges es el vehículo legislativo que cristalizó en el derecho privado fundamentos constitucionales del más alto orden y movió la acción legislativa para conformar la normativa codificada con el nuevo texto constitucional español de 1978. Así, el autor antes referido afirma que en tales preceptos *"se contiene la plasmación de los principios más importantes de la Constitución Española, que obligaron a modificar nuestro Código Civil: la igualdad de los cónyuges, su libertad, su independencia e interdependencia, la autonomía e interés de la familia y, en definitiva, la integración del consorcio conyugal. En efecto, el llamado régimen primario responde a las nuevas circunstancias, en las que se ha impuesto un sistema de igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges, con clara inspiración en las ideas de libertad e independencia, al tiempo que se cimienta en la antitética idea de solidaridad. El propósito del régimen matrimonial primario radica en mantener incólumes ciertos principios que se consideran esenciales para garantizar el respeto no sólo de nuestros pilares constitucionales, sino también de la propia esencia*

[73] C. Cuadrado Pérez, El régimen económico matrimonial. Disposiciones generales, en *Tratado de Derecho de la familia*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2011, Vol. III, pág. 182.
[74] *Íd.* Pág. 184.

*del matrimonio como institución que persigue una comunidad de vida.*" [75] (citas omitidas)

Este planteamiento, antes defendido por MUÑIZ ESPADA, [76] entre otros, sostiene que la paridad de poderes reflejada en el pretendido régimen matrimonial primario no disocia las ideas de libertad e independencia del resto del articulado, sino que obliga a que se conformen simultáneamente con la idea —técnicamente contrapuesta— preceptuada en la pretendida solidaridad del artículo 1318 CC. De ahí que los textos legislativos hayan armonizado la reivindicación de la libertad con la vinculación al ideal comunitario, con lo que el ordenamiento ha pasado de un sistema comunitario identificado con la administración unitaria del esposo a una conceptualización más democrática de la comunidad que se abandera con la repartición igualitaria del poder.[77]

Pero esta autora va más lejos. Reclama que, por tratarse de normas de orden público reflectoras de fundamentos constitucionales básicos, deberían aplicar indudablemente a todo matrimonio y desplazar la aplicación de los Derechos forales que se desvíen de su doctrina o de sus principios. Para ello defiende que el denominado régimen matrimonial primario se reubique al Libro Primero, insertado en la regulación general del matrimonio, concretamente, como parte de las normas sobre sus efectos, por cuanto aquél encarna aspectos representativos de la relación matrimonial en su ámbito patrimonial: "A los principios constitucionales consagrados en este régimen se deben los aspectos más característicos de la ordenación de la nueva regulación jurídica. Sin embargo, su trascendencia y proyección queda bastante limitada por un simple defecto de ubicación. Un pequeño matiz modifica radicalmente su operatividad, pues la ubicación no es indiferente, tiene su sentido porque expresa valor, define la importancia y el papel a desempeñar. Como ya advirtiera LACRUZ BERDEJO, "el Código civil padeció un error de sistematización al fraccionar el Derecho de familia estudiándolo en los libros I y IV (en éste el Derecho matrimonial de bienes)", a lo que podría añadirse

[75] Cuadrado Pérez, *op. cit.*, pág. 185.

[76] E. Muñiz Espada, El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario, Núm. 44 RJN 187, pág. 205, (2002).

[77] En igual sentido, De los Mozos: no puede "reconducirse a la satisfacción del interés meramente individualista o particularista de cualquiera de ellos y que vaya en contra de los intereses del otro, o de la ineludible consistencia de intereses de la sociedad conyugal". Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XVIII, Vol. 1, Madrid, 1982, pág. 36.

que la opción por tratar en concreto el régimen económico matrimonial primario en el Libro IV, en mi opinión, ha incrementado las consecuencias de este error. Ubicado en el Libro IV, entre los contratos, se desnaturaliza la esencia de la finalidad del régimen económico matrimonial primario, pierde eficacia…"[78]

De hecho, en su momento esta autora hizo constar que no le persuadía el argumento contrario, defensor de que la legislación foral pudiera desarrollar una perspectiva diferente sin apartarse de los fundamentos constitucionales plasmados en el pretendido régimen primario del Derecho común, como en efecto ha ocurrido en algunos territorios con legislación autónoma. Descartó, asimismo, que bastara con el control judicial como garantizador de la constitucionalidad de lo acordado por los cónyuges al hacer uso de la disponibilidad que puedan tener, por la vía negocial, para capitular o pactar por considerar que ese esquema reduce la eficacia del llamado régimen primario.[79]

### 4.1 Libertad de elección del régimen económico matrimonial

En el trasfondo que antecede se inserta, pues, el Art. 1315 como primer precepto que se recoge en el Capítulo Primero del Título dedicado a la regulación del régimen económico del matrimonio en el Código civil español para encumbrar la libertad de los cónyuges para configurar el régimen que ha de regir los aspectos patrimoniales de su matrimonio.[80] Así, el Artículo 1315 admite que el régimen económico matrimonial sea el que los cónyuges acuerden en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las impuestas en el mismo Código, y, seguidamente, el Artículo 1316 establece el régimen legal supletorio de sociedad de gananciales que ha de suplir la voluntad de las partes en ausencia del permitido pacto.

Es de notar que más adelante en ese mismo Título, los primeros dos artículos, el 1325 y el 1326, del Capítulo dedicado específicamente a la regulación de las capitulaciones matrimoniales, dan alcance a lo preceptuado en el citado Art. 1315,

[78] Muñiz Espada, *op. cit.*, págs. 206, 211.

[79] *Íd*. Págs. 190, 212.

[80] La posibilidad de pacto de la economía conyugal también se recoge en legislación autonómica. Así, el artículo 185 del Código de Derecho Civil Foral de Aragón; el artículo 171 de la Ley de Derecho Civil de Galicia; el artículo 4 de la Ley Valenciana de Régimen Económico Matrimonial; el artículo 93.1 de la Ley de Derecho Civil Vasco; el artículo 231.19 del Código Civil de Cataluña; y el artículo 3.1 de la Compilación de Derecho Civil.

posibilitando que en virtud del contrato capitular los otorgantes estipulen, modifiquen o sustituyan el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo y que los referidos pactos capitulares puedan otorgarse antes de celebrado el matrimonio o después. Seguidamente, los artículos 1327 y 1328 respectivamente, moldean la libertad de elección al requerir la forma escritural y al anticipar la nulidad de las estipulaciones contrarias a las leyes o las buenas costumbres, o a la igualdad de derechos de los cónyuges. Como se observa, estas normas sirven de pilares a un ordenamiento que valora preferentemente la autonomía privada en el ámbito matrimonial aunque no de manera irrestricta, idea esta que, por su cardinal importancia, es revisitada en un apartado separado de este trabajo.

Así, el artículo 1315, con el que el Código Civil abre el capítulo de las llamadas disposiciones generales que encabezan la normativa sobre régimen económico matrimonial, mantiene en su texto, tras la reforma de 1981, la libertad de los cónyuges para pactar el régimen económico que regirá su matrimonio —y por ende su orientación contractualista—, aunque con una redacción más simple. Nótese, de entrada, que su voz imperativa (*será*) se pliega a la autonomía de la voluntad con la locución ("*el que los cónyuges estipulen*"): *Artículo 1315. El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.*

El texto vigente coincide fundamentalmente con el previo en cuanto mantiene el principio de libertad de estipulación, pero la referencia que se hacía, en el segundo párrafo del texto anterior, al régimen de sociedad de gananciales como régimen legal supletorio fue trasladada a un artículo autónomo: el 1316 que se discute más adelante. Además, el lenguaje introducido por la reforma de 1975 para viabilizar la alteración del régimen constante matrimonio no aparece en el texto vigente del artículo 1316, pues fue incorporado en el artículo siguiente, el 1317, para recoger el principio de la irrelevancia de cualquier modificación en cuanto a los derechos de terceros respecta.

### 4.1.1 La autonomía de la voluntad en el seno de los negocios jurídicos de Derecho de familia.

Queda claro que el principio de libertad de pacto recogido en el artículo 1315 es una aplicación especial del principio general de la autonomía de la voluntad privada al ámbito de los negocios jurídicos de familia, más concretamente a la regulación del régimen económico del matrimonio.[81] Como se sabe, DE CASTRO Y BRAVO defendió la teoría de los negocios jurídicos de Derecho de familia como categoría autónoma del negocio jurídico: "*Tan sólo para recordar lo peculiar de su causa se citan ahora los negocios del Derecho de familia.* E*s evidente la especialidad de las titularidades que originan en el ámbito personal y familiar, y no puede desconocerse el carácter diferenciado de las atribuciones patrimoniales derivadas del Derecho de familia; una implícitas como las resultantes del matrimonio, otras expresas como en la adopción; todo ello aparte del significado especial de los negocios de contenido patrimonial, en los que se tiene en cuenta su significado familiar*".[82] (citas omitidas)

Asimismo, DÍEZ-PICAZO ha defendido la teoría positiva del negocio jurídico familiar:[83]

> "Como conclusión de todo este análisis que venimos realizando puede afirmarse que la autonomía privada —y, por tanto, el negocio jurídico— funcionan en el Derecho de familia en la misma forma y con los mismos límites que en el resto del Derecho privado, si bien toman en él mayor amplitud el límite moral y el del orden público, amplitud que no puede ser *a priori* establecida, sino que, dada la naturaleza de ambos conceptos, deberá ser en cada caso determinada.
>
> Cabe, pues, la figura del negocio jurídico familiar que debe construirse con carácter general, sobre todo con objeto de extraer sus características diferenciales y las especialidades de tipo técnico de su estructura y régimen jurídico. El negocio familiar puede, pues, definirse

[81] Véase J. Rams Albesa, La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales, en *La autonomía de la voluntad en el Derecho de familia,* Madrid, Ed. Dykinson, 2009, pág. 25; A. Pérez Sanz, Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, Madrid, Ed. Edersa, 1985, T. XXVI, pág. 32.

[82] F. De Castro y Bravo, El Negocio Jurídico, Madrid, Ed. Civitas, 1971, pág. 275. Así, definía el negocio jurídico como "la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos". *Íd.* Pág. 34. Ciertamente, y como se sabe, el debate sobre la teoría del negocio jurídico familiar no se ha limitado al ámbito patrimonial familiar. Para un detallado análisis de la discusión sobre la adopción como negocio jurídico familiar véase, R. Moreno Flórez, Acto Constitutivo de la Adopción, Madrid, Ed. Colex, 1985, págs. 47-56.

[83] L. Díez-Picazo, El negocio jurídico del Derecho de familia, (enero a junio) Rev. Gen. LJ, 771, 780 (1962).

> como aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar."

Al abundar sobre la teoría de que los negocios jurídicos familiares gozan de unos elementos característicos que los distinguen de los demás negocios jurídicos, DÍEZ-PICAZO resaltó que tales perfiles quedan claramente comprobados con una intervención de los órganos estatales mucho más frecuente que en el resto del derecho privado debido a la existencia de un interés público evidente en proteger la estructura familiar; y con una actuación contundente del ingrediente ético y de orden público como límite a la autonomía privada, así también como dentro del propio negocio en lo que respecta a la función, a la causa y a las motivaciones del negocio.[84]

La recepción de una categoría independiente de negocio jurídico familiar no ha sido acogida unánimemente, pues se impugna con el fundamento principal de que los efectos jurídicos de ese negocio jurídico emanan de la ley y no de la voluntad. ARANA DE LA FUENTE[85] sintetiza así la respuesta dada mayoritariamente a ese planteamiento:

> "Un sector doctrinal ha discutido la admisibilidad de la categoría «negocio jurídico de Derecho de familia», con base en el hecho de que los efectos jurídicos de los pretendidos negocios familiares no derivan *ex voluntate*, sino *ex lege*. Esta línea de pensamiento, sin embargo, no es compartida por la doctrina dominante. Como explicó DÍEZ-PICAZO hace casi cuatro décadas, la tesis tiene su base en un equívoco: creer que puede hablarse en rigor de efectos jurídicos *ex voluntate* o *ex leye*: efectos jurídicos causados exclusivamente por la voluntad o exclusivamente por la ley. No existen efectos jurídicos derivados exclusivamente de la voluntad de los particulares, porque esta no es, ni puede ser nunca por sí sola, causa de efectos jurídicos. La causa de un efecto jurídico sólo puede ser, en rigor una norma. Para que de una declaración de voluntad deriven efectos jurídicos es menester que el derecho objetivo reconozca o atribuya esta virtud a la voluntad privada, por donde el efecto tanto deriva de la ley

[84] *Íd.* Págs. 780-781. El autor también incluye como características esenciales del negocio jurídico familiar (1) la estrecha relación de las instituciones familiares con el estado civil de las personas y por ende el traslado de las exigencias de éste al negocio jurídico familiar, la seguridad, la claridad, la solemnidad y su carácter indubitado; (2) la posición de subordinación y de autoridad de los sujetos dentro de las relaciones familiares (potestad marital, paterna, tutelar) como impedimento para que pueda existir entre ellos pacto, acuerdo o estipulación o como condicionante para que el negocio se produzca al comienzo o al final de la relación o a iniciativa de la persona que ostenta dentro de la familia rango jerárquico superior. (Esto último, por supuesto, ha de entenderse en el contexto del derecho vigente entonces.)

[85] I. Arana de la Fuente, Concepto y función social del matrimonio, en *Derecho de Familia*, Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters, 2012, pág. 233.

> como de la voluntad. En conclusión, la figura del negocio jurídico familiar puede definirse como: «acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar».” (citas omitidas)

Con todo, más allá de la discusión reseñada, el ordenamiento español se va decantando por la primacía de la voluntad de los sujetos más interesados en la cuestión, lo que resulta de mayor utilidad en un orden social que requiere, cada vez más, una mayor diversidad de esquemas regulatorios para atender más justamente las necesidades de distintos modelos familiares. Por esta razón, en tanto esa facultad se ejercite con libertad y dentro de los límites impuestos por la ley, los cónyuges deben poder normar sus relaciones matrimoniales en la esfera más amplia posible. Ese mayor ámbito de operación exige, sin duda, la posibilidad de ajustar tales reglas a las diversas circunstancias que pueda atravesar la economía conyugal. Para ello, lo preceptuado en el artículo 1315 CC que se viene discutiendo, en su función vertebradora de la libertad de elección del régimen económico matrimonial, debe interpretarse como de amplio espectro.

### 4.1.2 Libertad de contratación entre cónyuges

Por último, debe puntualizarse aquí que la libertad de los cónyuges para pactar el régimen económico matrimonial prescrita en el Art. 1315 está insertada, desde la reforma de 1981, en una normativa predicada en la libre contratación entre cónyuges que tiene como precepto base el Art. 1323, al disponer: *Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.*[86]

Sin embargo, cabe recordar que históricamente había prevalecido la muy romana prohibición de contratación entre cónyuges fundamentada, principalmente, en la idea de la unicidad de personas que comportaba el matrimonio; en el afán de proteger a los terceros acreedores de cualquiera de los cónyuges; y en la necesidad de proteger a la mujer de la presión indebida que pudiera ejercer el esposo a cuya autoridad le sometía la

[86] Artículo 1323 del Código civil español, según modificado por el apartado del artículo único de la Ley 13, de 1 de julio de 2005, por la que se modifica el código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, B.O.E. 2 de julio 2005.

normativa reguladora de la mujer casada. LACRUZ[87] resumió magistralmente cómo evolucionó la prohibición de contratación que desembocó en el Código civil español, hasta la reforma de 1981, en prohibiciones concretas de compraventa recíproca y de donaciones entre cónyuges:

> "En los regímenes patriarcales, sin duda la ausencia de personalidad jurídica distinta de la del marido en la mujer casada, impide entre ellos las relaciones de obligación. En cambio, un Derecho más individualista, como el romano de la última época, admitió la contratación entre los cónyuges salvo excepciones muy concretas: los contratos que encubren una donación y las donaciones mismas; además, el afianzamiento si es fiadora la mujer.
>
> La concepción de la imposibilidad de contratar los cónyuges entre sí, renace en las costumbres francesas, probablemente en relación con el régimen de comunidad, y se perpetúa como una consecuencia de la prohibición de donaciones entre cónyuges. En cambio, en nuestro país, las partidas conservan el sistema romano, de donde deduce GREGORIO LÓPEZ, comentando el texto relativo a la prohibición de donaciones (4, 11, 4) que *licet donatio sit prohibita inter coniuges, reliqui tamen contractus sunt permissi inter caeteros contrahentes*, opinión que debió ser común entre nuestros autores, según puede verse en ANTONIO GÓMEZ, para el cual, si el contrato de donación no vale entre los cónyuges, *tamen contractus emptionis et venditionis et quilibet alius contractus onerosus bene valet inter eos, neque amor ille maximus et intensus qui inter eos habetur impedit talem contractum (Variae resolutiones, II, 2, 3).* La doctrina sigue manteniendo esta postura hasta que, inopinadamente y sin precedente alguno, GARCÍA GOYENA da un giro completo y comienza a defender que cualesquiera contratos entre cónyuges deben entenderse prohibidos después de la ley 55 de Toro, alegando que nadie puede contraer consigo mismo y, además, que de admitir tales contratos sería ilusoria la prohibición de donaciones entre cónyuges por lo difícil de la prueba de la simulación (comentario al art. 1380). Esta opinión, aunque infundada, se acepta por la S. 23 octubre 1857 (por cierto sin razonamiento alguno), y es reproducida luego en diversas RR., y sobre todo en las 1.º abril y 21 junio 1884. Tales decisiones ni tenían precedente ni hallaron el sufragio de la doctrina, generalmente muda sobre el tema (GUTIÉRREZ, LA SERNA y MONTALBÁN, SALA, ASSO y DE MANUEL: los que de él tratan, como GALINDO y ESCOSURA, critican la postura de las D. G. de los Registros, alegando que el tradicional obstáculo de la unidad de persona es falso, por cuanto en el matrimonio conviven las personalidades de ambos cónyuges."

[87] J. Lacruz Berdejo, El Matrimonio y su Economía, Madrid, Ed. Civitas, 1963, pág. 218.

CUADRADO PÉREZ[88] completa la citada cronología cuando señala que la redacción del Código civil de 1889 recogía únicamente determinadas prohibiciones de contratar. Concluye, con base en la doctrina defendida, entre otros, por LACRUZ,[89] que antes de la dramática reforma del Derecho de familia español de 1981 no cabía afirmar la existencia de una prohibición generalizada de contratación entre cónyuges. En sentido similar se expresó HERRERO GARCÍA[90] al apuntar que si bien la norma del Art. 1323 parecería innecesaria, su justificación estriba precisamente en el estado de derecho precedente:

> "El originario CC no contenía una regulación en tema de relaciones contractuales entre cónyuges, señalándose únicamente prohibiciones concretas: donaciones (art. 1.334), la compraventa, excepto en los supuestos de separación (art. 1.458) y la sociedad universal (art. 1677 en relación con el 1.334). Sin embargo se mantenía la doctrina, e inicialmente en la jurisprudencia, un criterio restrictivo en general a la contratación entre cónyuges. Los obstáculos alegados por los defensores de este criterio se referían, fundamentalmente, a la licencia y jefatura marital y al principio de inmutabilidad del régimen económico. La L 2-V-75, al suprimir la licencia marital y derogar el principio de inmutabilidad, puso de relieve lo falso de tales obstáculos, por cuanto que no llevó aparejada alteración alguna de los preceptos citados. Por otro lado, los nuevos principios de colaboración y solidaridad en las relaciones familiares que informan esta ley de 1975 brindaban otra base firme en favor de la admisibilidad de los contratos entre cónyuges, y es la indudable utilidad que ciertos contratos pueden aportarles para beneficio familiar, argumento que ya tuvo en cuenta nuestra jurisprudencia al aludir

[88] Cuadrado Pérez, *op. cit.* pág. 237.

[89] Lacruz Berdejo, *op. cit.*, El matrimonio y su Economía, pág. 220. Al amparo de la normativa entonces vigente Lacruz afirmaba:

> "En efecto, lo que el Código pretende con sus prohibiciones no es mantener viva la vieja teoría de la *unitas carnis*, sino salvaguardar la independencia de los cónyuges, la prohibición de donaciones y la de alterar el régimen económico del matrimonio, con reglas prohibitivas concretas, insusceptibles de aplicación analógica. Los cónyuges, pues, pueden contratar entre sí, cosa conveniente asimismo de *lege ferenda*, ya porque existirán frecuentemente relaciones de intereses entre los esposos que deben ser reguladas, ya porque hay contratos que, reposando sobre la confianza mutua entre las partes, están especialmente indicados entre los cónyuges.
>
> No quiere ello decir, sin embargo, que únicamente estén prohibidos entre esposos los contratos que como tales menciona el Cc. A su vez, el estatuto jurídico, inderogable, de las relaciones entre cónyuges supone ciertas limitaciones al posible contenido de los negocios jurídicos que entre sí celebran. Así, contratos que no prohíbe la ley podrán encontrar obstáculos a su validez en el principio de la subordinación de la mujer al marido, o en las reglas concernientes a la patria potestad, o en los deberes recíprocos de ambos cónyuges, o en la indisponibilidad de la situación de esposo, o en la inmutabilidad del régimen matrimonial."

[90] M. Herrero García, Comentario del Código Civil, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, T. II, pág. 596.

> a los posibles perjuicios de un principio prohibitivo (STS 5-XI -56, 22-II-58 y 27-V-59 y particularmente RDGR 3-II-36, 16-III-59, 4-XI-69;) Puede, en fin, concluirse que ni de la normativa del CC, ni de la tendencia jurisprudencial cabía deducir obstáculos a la existencia de un principio general de validez de los contratos entre cónyuges (salvo las prohibiciones concretas). Los viejos prejuicios acerca del temor a la captación de voluntad de un cónyuge por otro, a la presumible intención fraudulenta respecto de terceros, al suprimirse en el CC los falsos obstáculos en que se amparaban quedan desprovistos de todo fundamento." (citas omitidas)

En atención a ese análisis se señala que hubiera bastado que el legislador de 1981 derogara los preceptos que recogían las prohibiciones expresas de contratación antes aludidas, pero que al optar por reconocer expresamente la amplísima autonomía de los cónyuges para contratar entre sí en el art. 1323, dejó diáfanamente establecido que estos pueden contratar entre ellos en iguales circunstancias que con terceros. Por lo que se deduce que el precepto permite todo tipo de contrato, sea con causa onerosa, gratuita o remuneratoria, y sin establecer excepción a la transmisión de bienes y derechos entre los cónyuges con independencia del título por el cual lo hagan. Así, se concluye que «en el ámbito de las relaciones personales, la plena capacidad de los cónyuges y el principio de igualdad desecha hoy cualquier obstáculo a las relaciones patrimoniales entre los mismos» y que en materia patrimonial debe estimarse la viabilidad contractual —o su inexistencia— de modo concreto, pero siempre desde una perspectiva integradora del entramado normativo en el que se inserta el régimen económico en cuestión «pues cuanto más extenso e intenso sea un régimen de comunidad, más problemáticas serán las relaciones contractuales».[91]

En igual sentido se expresa CUADRADO PÉREZ:

> "Esta conveniente evolución legislativa representó, de manera indubitable, la consolidación y el reconocimiento definitivo de la individualidad de cada uno de los consortes, y respondió a las decisivas transformaciones vividas en nuestro país en la segunda mitad del siglo XX. En realidad, el legislador de 1981 únicamente debía derogar las específicas interdicciones a la libertad de contratación contenidas en la redacción anterior del Código. A pesar de ello, prefirió despejar cualquier género de duda, e introdujo el artículo 1323 CC en el que se reconoce, con carácter general y absoluto, la facultad de los esposos de «celebrar entre sí toda clase de contratos» con causa onerosa, gratuita o remuneratoria. Tal y como se puede adivinar, este precepto, que actualmente se nos podría

[91]Herrero García, *op. cit.* pág. 597.

> presentar como inútil o superfluo, responde al propósito de patentizar un giro radical en nuestra política legislativa, así como de desterrar cualquier atisbo de incertidumbre sobre esta materia. Es evidente que, al no introducirse ninguna excepción en nuestro código, se reconoce la capacidad plena y el principio de igualdad de los consortes."[92] (citas omitidas)

Asimismo, muy temprano en el período post reforma, DÍEZ-PICAZO advirtió que el artículo 1323 producido por el proceso reformador de 1981 cambió totalmente la visión de la contratación matrimonial en cuanto provocó un giro «copernicano». Adelantó que para entender la norma actual de libertad contractual matrimonial era indispensable ponerla en la perspectiva correcta. Esto es, como reacción indubitada a las normas limitativas anteriores que quedaban desplazadas por una regla permisiva desdoblada en la posibilidad de transmitirse bienes y derechos por cualquier título, de una parte, y en la de celebrar toda clase de contratos, de otra:

> "La norma de libertad es independiente de que el régimen económico existente entre los cónyuges sea de separación o de comunidad y que la comunidad sea más o menos amplia. Es independiente asimismo de hecho de que los bienes y derechos transmitidos y los actos celebrados puedan afectar a la comunidad existente entre los esposos. Por ejemplo, el bien transmitido a uno de los cónyuges pertenecía a la comunidad conyugal; se celebra entre los esposos un contrato de sociedad mercantil cuando entre ellos existía una sociedad conyugal. En casos como los descritos, el art. 1323 permite articular una modificación del régimen económico conyugal que no sigue las reglas generales. Cuando entre los cónyuges no exista separación de bienes, más parece que los contratos entre ellos se celebran son capítulos matrimoniales. No es éste, sin embargo, el criterio que ha seguido el legislador, que ha distinguido por una parte negocios relativos a la estipulación, modificación o sustitución total o parcial del régimen económico del matrimonio; por otra, los negocios traslativos de bienes y derechos y por otra los contratos de cualquier clase."[93]

En cuanto a los límites a la amplia capacidad de contratación preceptuada en el citado art. 1323, DÍEZ-PICAZO advirtió que las normas limitativas habían de ser las de

[92]Cuadrado Pérez, *op. cit.* pág. 239. Para un análisis comparado del desarrollo del principio de libre contratación entre cónyuges en España y Estados Unidos de América, véase, G. Labadie Jackson, Reflexiones acerca de la libertad de contratación en el Derecho de Familia moderno: Análisis comparado, 83 Rev. Jur. UPR 535 (2014).

[93] L. Díez-Picazo, Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Madrid, Ed. Tecnos, 1984, Vol. II pág. 1512.

aplicación general, a saber: los vicios de la voluntad contractual, a ser probados oportunamente por la parte impugnante, o los supuestos que pueden provocar la rescisión por fraude de acreedores. El radical cambio legislativo no estuvo, sin embargo, exento de la crítica incisiva por parte de un sector doctrinal que se alarmó ante el profundo calado de la reforma, en particular, con relación a las posibles repercusiones que podría tener la estrenada libertad de contratación conyugal para los acreedores de los cónyuges. Prevalecía el muy arraigado temor de que se validara el predominio de la voluntad de un cónyuge sobre el otro, y con el temido riesgo de que se lograra la modificación del régimen económico del matrimonio por una vía indirecta que escapara a la normativa reguladora de los capítulos matrimoniales.

En la actualidad, tras más de tres décadas de experiencia de la entonces nueva normativa provocada por la reforma de 1981, no parece quedar duda de que el legislador español se decantó por la teoría correcta, pues como bien sintetiza CUADRADO,[94] las posibles repercusiones del cambio hacia la libertad de contratación conyugal no están huérfanas de resguardo en otros preceptos del ordenamiento español:

> "… se imponen razones de lógica jurídica, que destierran cualquier consideración alarmista, como ha quedado patente en estos treinta últimos años de vigencia del citado precepto. Los referidos peligros pueden resultar completamente neutralizados a través de la concienzuda aplicación de normas establecidas, con carácter general, en el seno de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, cabe combatir los posibles fraudes perpetrados por los esposos, con vulneración de los derechos de sus acreedores, mediante el recurso a la acción revocatoria o pauliana desarrollada en los artículos 1290 y siguientes CC; asimismo, consciente de los riesgos que la libertad de contratación entre cónyuges entraña, el legislador ha dotado a sus acreedores de ciertos mecanismos protectores en sede de la legislación concursal (cfr. arts. 77, 78 y 79 LC). Los legitimarios, por su parte, se verán asistidos en la tutela de sus derechos por lo preceptuado, por ejemplo, en los artículos 636, 654, 815 y 820 CC, así como por toda la doctrina jurisprudencial relativa a la simulación. Por cuanto a la eventual preponderancia de la voluntad de uno sólo de los consortes se refiere, cabe acudir a las normas generales relativas a los vicios del consentimiento contractual desarrolladas en los artículos 1300 y siguientes CC.
>
> Finalmente, hemos de advertir, que una vez admitida en nuestro ordenamiento la mutabilidad del régimen económico matrimonial, carece de fundamento la última crítica vertida sobre el artículo 1323 CC, ya que los esposos se hallan ahora plenamente facultados para modificar el sistema que rige sus relaciones patrimoniales. En todo caso, si así

[94] Cuadrado Pérez, *op. cit.*, pág. 240.

> sucediera, el legislador ha previsto rígidos mecanismos tuitivos de los hipotéticos derechos de terceras personas, al establecer insoslayables requisitos formales para efectuar tales alteraciones (cfr. arts. 1327 y 1331 CC), además de un exigente régimen de publicidad de las mismas (cfr. arts. 1317 y 1333 CC, y concordantes)."

Por último, a manera de colofón, es de señalar que tampoco parece quedar duda de que la libertad de contratación entre cónyuges es una exigencia ineludible del mandato constitucional de igualdad de los esposos preceptuado en el art. 66 del Código civil, afluente de los artículos 14 y 32 de la Constitución española. Por ende, es una consecuencia lógica de la norma de libertad e independencia de los cónyuges que se permita la libre celebración entre estos de todo tipo de contratos y que les sea posible transmitirse bienes y derechos por cualquier título. Ello implica necesariamente que tuvieran que desaparecer de la redacción originaria del Código civil tanto las prohibiciones específicas contenidas en los antiguos artículos 1334 (donaciones entre cónyuges) y 1458 (compraventa recíproca), como cualquier atisbo de la existencia de una prohibición general de contratación entre los esposos.[95]

GULLÓN BALLESTEROS advierte, sin embargo, que el mandato de libertad reflejado en el discutido art. 1323 CC tiene que entenderse en la perspectiva correcta, pues si bien es indiscutible que refleja un alcance amplio para la libertad de los cónyuges, no es menos cierto que tal precepto no puede usarse como subterfugio a los preceptos reguladores, imperativos, del fondo y de la forma de la modificación del régimen económico matrimonial:

> "*Limitación muy importante en cuanto que la transmisión de bienes y derechos entre los cónyuges no se reduce a los que tengan carácter privativo. Sin embargo, no debe restringirse la actuación práctica del artículo 1323 de manera que se circunscriba, de hecho, a los negocios sobre bienes y derechos privativos de los cónyuges, pues al no limitarse la libertad de contratación por la naturaleza de éstos, quiere decirse que son susceptibles de ser objeto de contratos los que tengan naturaleza común o ganancial. Si en todo negocio sobre un bien ganancial entre cónyuges se viese que se sustrae el régimen legal de la sociedad de gananciales por convertirse en privativo lo que es común, el artículo 1323 sufriría una limitación que evidentemente no estaba en el pensamiento de legislador, como lo prueba el hecho de que en la discusión parlamentaria de la ley de 13 de mayo de 1981 no prosperaron*

[95] Véase A. Gullón Ballesteros, Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, Ed. Trivium, 1995, T. IV, pág. 1304.

*las enmiendas tendentes a concentrar en los bienes privativos de los cónyuges la libertad de contratación y disposición que se consagraba*".[96]

### 4.2 Aplicación del régimen supletorio en defecto de elección.

La reforma operada por la Ley 11/1981 preservó la sociedad de gananciales como régimen legal supletorio o de derecho dispositivo para que rija en aquellos casos en los que los contrayentes no han capitulado o en que los capítulos, si bien existen, no son eficaces. Aunque a partir de entonces se recoge en un precepto separado del principio de libertad de estipulación de los cónyuges, desde 1981 el artículo 1316 vigente tiene que entenderse como complemento de aquél. Constituye igualmente un principio básico del sistema normativo del régimen económico matrimonial. Su texto vigente mantiene la muy antigua tradición reflejada históricamente por el Derecho común español: *Artículo 1316. A falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales.*[97]

De entrada es necesario resaltar que, si bien la reforma de 1981 conservó la sociedad legal de gananciales como régimen legal que suple la ausencia de un régimen patrimonial pactado por los cónyuges, la modificó profundamente en muchísimos aspectos; todos muy diversos pero orientados al propósito común de que la economía conyugal opere en el marco general de la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, sin espacio para el discrimen por género. Sobre el particular, afirma RAMS ALBESA: "la igualdad en un marco de libertad y de plena capacidad de obrar ha supuesto, en primer lugar y de forma principal, que cada cónyuge pueda gestionar directamente, sin intermediación del otro, todos sus bienes y derechos privativos y ejercer su profesión u oficio con entera libertad sin requerir licencia o aquiescencia del otro cónyuge y sin poder oponer éste prohibición alguna".[98] Para él la igualdad favorecida e impulsada por la Constitución española era reclamada por los estudiosos de la materia como necesidad social y jurídica mucho antes del proceso constitucional español posterior a la transición, por lo que los estudios de la Comisión de Códigos

[96] *Íd.* Pág. 1304.

[97] Díez-Picazo, *op. cit.*, Comentarios a las reformas del Derecho de familia, pág. 1495. En igual sentido: Herrero García, *op. cit.*, pág. 574.

[98] Véase J. Rams Albesa, La Sociedad de Gananciales, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 26.

partieron de los principios de igualdad y de libertad mucho antes de que éstos tuvieran cauce, aunque defectuoso, a su juicio, en la Constitución española de 1978.[99]

De hecho, el principio de igualdad jurídica entre hombre y mujer, que tuvo acceso al Código civil español por primera vez en virtud de esta reforma de 1981, tiene su precedente más remoto en el Artículo 43 de la Constitución Republicana de 1931. Allí se establecía genéricamente la igualdad de sexos en el matrimonio al proclamar: "*La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos de ambos sexos.*"[100]

Como explica DÍEZ-PICAZO, el llamado *régimen supletorio* o de *Derecho dispositivo* preceptuado en el artículo 1316 admite todos los posibles tipos de la eficacia negocial puesto que hace referencia, genéricamente, al hecho de que las capitulaciones otorgadas por los cónyuges sean ineficaces. Así, el precepto incluye tanto la invalidez como la ineficacia sobrevenida, al igual que la nulidad absoluta y la anulabilidad. Por ende: *"Cuando la ineficacia no retrotraiga sus efectos y haya por consiguiente ineficacia ex nunc, el matrimonio se entenderá contraído desde el principio bajo el régimen legal de gananciales. En cambio, si la ineficacia ex nunc, en el momento de la celebración del matrimonio habrá comenzado a regir el régimen capitular, que tras ese momento a consecuencia de la declaración de la ineficacia habrá pasado a quedar sustituido por el de sociedad de gananciales.*"[101] Asimismo, se afirma que el régimen legal supletorio de sociedad de gananciales, en cuanto se aplica en ausencia de capitulaciones matrimoniales, ha de entenderse que entrará en vigor también cuando, habiéndose otorgado un contrato capitular, no se haya seleccionado en éste un régimen económico para el matrimonio. De esta forma, el precepto consolida la idea de que no hay matrimonio sin régimen económico porque este habrá de regirse, obligatoriamente, por alguno. Se advierte, además, que para el caso de insuficiencia del pacto capitular no ha de acudirse en todo caso a la regla de supletoriedad del régimen de sociedad de

[99] *Íd*. Pág. 26.

[100] Puede verse el análisis completo del desarrollo legislativo que produjo el texto vigente del artículo 66 del Código civil español en el comentario de M. Gete-Alonso y Calera, Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, *op. cit.*, pág. 314.

[101] Díez-Picazo, *op. cit.*, Comentarios a las reformas del Derecho de familia, pág. 1495. El autor advierte, sin embargo, que esto ha de entenderse sin perjuicio de que pueda reconocerse la validez de los actos "*realizados de buena fe por confiar en la existencia y eficacia del régimen estatuido cuando la persistencia de tales efectos no produzca daño a los intereses protegidos a través de la causa de ineficacia*." *Íd.*

gananciales "sino a aquellas disposiciones contenidas en los regímenes regulados más acordes con la intención de las partes".[102]

HERRERO GARCÍA apunta que la fórmula sobre la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales es una novedad que introdujo la reforma de 1981 y, si bien reconoce que la ineficacia de las capitulaciones es «una manera de faltar», reconoce mérito a que el legislador hiciera mención expresa de la ineficacia por cuanto ello significa para despejar las dudas que había sido suscitado la doctrina jurisprudencial al interpretar el texto codificado anterior.[103] En concreto se refiere a la pauta jurisprudencial que afirmó categóricamente que unas capitulaciones otorgadas por un menor sin la concurrencia de las personas llamadas por ley a suplir su capacidad adolecían de nulidad absoluta y eran ineficaces por considerarse inexistentes, descartando así la anulabilidad de tales capitulaciones. Recordando que más de un autor defendió la mera anulabilidad de las capitulaciones para el supuesto de insuficiencia o vicios del consentimiento de los otorgantes y con ello su consecuente posibilidad de confirmación constante matrimonio, ella afirma que, a su modo de ver, las dudas quedan resueltas directamente por la referencia que hace el artículo 1316 vigente a la *ineficacia* de las capitulaciones matrimoniales. Así, explica los supuestos que activarían la entrada en vigor del régimen legal supletorio de sociedad legal de gananciales por ineficacia de los capítulos a partir del siguiente esquema:

> 1) La que podría denominarse ineficacia automática contenida en el art. 1334 CC (Amorós, Com. Fam. Tecnos, II, pp. 1563-1565), referida a las capitulaciones otorgadas antes de la celebración del matrimonio. El mero transcurso del año sin celebrarse el matrimonio las deja sin efecto, por lo que, si el matrimonio llega a celebrarse con posterioridad, la sociedad de gananciales constituirá su régimen económico, sin perjuicio de su posible modificación por capitulaciones post-nupciales.
>
> 2) Las causas de invalidez a que se refiere en general el art. 1335 CC, que pueden implicar supuestos de nulidad, anulabilidad y rescisión. La disciplina legal referida a estos tipos la sintetiza Amorós (Com. Fam. Tecnos, II, pp. 1566-1567) del siguiente modo.
>
> a) Respecto a la nulidad estará integrada por los arts. 1327 (necesidad de escritura pública), 1328 (límites a la autonomía capitular) y los arts. 1255, 6.º 2, 6.° 3, 6.º 4, 1261, 1271, 1272, 1275 a 1277 CC. b) en materia de nulidad relativa o anulabilidad serán aplicables los arts. 1329

[102] Gullón Ballesteros, *op. cit.*, Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975, pág. 1268.

[103] Herrero García, *op. cit.*, pág. 575.

> (capitulaciones del menor sin concurso de las personas indicadas en el mismo cuando éste sea necesario), 1330 (las del incapacitado sin la asistencia del representante legal) y los arts. 1300 a 1314 CC. Los capítulos meramente anulables, obviamente, pueden ser objeto de confirmación. c) respecto a la rescisión de las capitulaciones habrá que aplicar los artículos arts. 1290 a 1299 CC.[104]

Por último, en cuanto a este tema respecta cabe precisar que, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 1435 CC, cuando los cónyuges hayan descartado en su capitulaciones matrimoniales la aplicación del régimen de sociedad legal de gananciales, pero no hayan escogido el régimen por el que habrá de regirse su economía matrimonial, el régimen legal supletorio será el de separación de bienes. Este artículo, en efecto suple la necesidad de conformar la amplia libertad capitular antes discutida con la indispensable necesidad de que todo matrimonio tenga un régimen económico. De esta forma, si bien la libertad capitular de los cónyuges impide la aplicación del régimen legal supletorio de primer grado, no puede a su vez impedir que la ley supla la falta de un régimen efectivamente seleccionado por las partes, para lo que el precepto opta por el régimen de separación de bienes.[105]

### 4.3 Protección de los derechos de terceros.

Aunque sea de manera muy abreviada es necesario integrar aquí al menos un comentario en cuanto a la protección de terceros frente al posible perjuicio (que pudiera, en ocasiones, revestir carácter fraudulento) por modificación del régimen económico a través del otorgamiento de capitulaciones, asunto tratado en las *Disposiciones Generales* a través del artículo 1317, que lee como sigue: *La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.*

---

[104] *Íd*.

[105] De igual manera ocurre por virtud del inciso tercero del artículo 1435 Código civil cuando, constante matrimonio, se extinga la sociedad de gananciales o el régimen de participación, a menos que, «por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto». De igual forma, el régimen de separación de bienes es el régimen legal supletorio en caso de que entre en vigor el artículo 1373 del Código civil, 31 L.P.R.A. 3819, a menos que el cónyuge deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales, como permite el artículo 1374 Código civil, 31 L.P.R.A. 3820. *Íd*. Págs. 574.

Este principio de indemnidad, sin duda imperativo, que cobija a los terceros ante un cambio capitular sólo puede aplicar a la modificación que se hace constante matrimonio, pues no cabe hablar de perjuicio de tercero antes del matrimonio. Como se sabe, el régimen patrimonial no cobra vigencia hasta entonces. Además, se entiende referido a la modificación del contenido económico de los capítulos, esto es, lo pactado en cuanto al régimen patrimonial matrimonial, por lo que guarda concordancia con el artículo 1325, que es objeto de discusión extensa en un capítulo separado. Sin pretender un análisis prolijo de lo preceptuado en el artículo 1317, puesto que se trata de un tema que excede por mucho el que es objeto de este trabajo, es necesario repasar, por su importancia, las líneas esquemáticas sobre las que se cimienta tan importante norma.

Este artículo reafirma la posibilidad de modificar el régimen económico matrimonial constante matrimonio, además de preceptuar la irrelevancia de tales modificaciones respecto de los derechos ya adquiridos por terceros. Proviene del texto del artículo 1322[106] anterior a la reforma introducida por la Ley11/1981.[107] Como explica DÍEZ PICAZO, contiene dos proposiciones jurídicas distintas que producen que las capitulaciones postmatrimoniales modificativas del régimen económico matrimonial, además de tener los mismos límites de todo tipo de capitulaciones, estén sometidas al límite de la preservación de los derechos de los terceros. Lo preceptuado en el artículo 1317, al disponer que «no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros», establece una ineficacia relativa del negocio capitular post-matrimonial tanto respecto de los derechos de los terceros como de los negocios jurídicos que los producen.[108]

---

[106] El texto de este artículo anterior a 1981 (proveniente de la reforma de 1975, Art. 1322:) era el siguiente:

"En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos modificativos. Si aquélla o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y los efectos previstos en la Ley Hipotecaria.

La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida.

Las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio, no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros".

[107] Ver F. Blasco Gascó, Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros, (Núm. 2) A.D.C., 606 (1993); F. Yañez Vivero, El cambio de régimen económico matrimonial en fraude de acreedores en Suiza y España: análisis comparativo, (Núm. 2) A.C., 641, 2002; F. Ragel Sánchez, El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales, II, Asoc. P.D.C., 1671, 1990. Margariños Blanco, Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación de bienes y los derechos de los acreedores, RCDI, 47, 1982.

[108] Díez-Picazo, *op. cit.*, Comentarios a las reformas del Derecho de familia, pág. 1498.

> "Este es el sentido que hay que dar a la expresión «no perjudicará». El negocio capitular no produce perjuicio. No merma ni hace de peor condición los derechos de los terceros. Por consiguiente, frente a esos derechos es ineficaz. Lo que pasa es que de la fórmula del artículo 1317 no se desprende la catalogación de esa ineficacia. A nuestro juicio no es unívoca. Quiere decirse que dependerá del conjunto de las circunstancias concurrentes que, además de la ineficacia, pueda haber algún otro tipo de invalidez. Así, si la modificación del régimen o el pacto capitular post-nupcial aparece movido por el a*nimus nocendi*, o tiene causa lícita o causa torpe, seguramente nos encontraremos en presencia de una nulidad por el perjuicio de tercero. De la misma manera, si el perjuicio consiste en un fraude del derecho de los acreedores, pensamos que la capitulación post-nupcial puede quedar sujeta a la regulación general del fraude (cf. art. 1.111, etc.). Aunque no haya razón de nulidad, ni de rescisión, y por ende el negocio sea válido y eficaz hay una limitada ineficacia respecto de los terceros titulares de derechos. El artículo habla de «derechos ya adquiridos por terceros»."

Advierte el prestigioso autor, además, que en cuanto al alcance de la referencia que hace el artículo 1317 CC a los derechos ya adquiridos por terceros, sin distinción alguna dentro de la amplia clasificación de los derechos subjetivos, cabría entender que se refiere a derechos reales o derechos personales o de crédito y que las expectativas y los derechos en trance de adquisición se entienden excluidos puesto que el artículo alude claramente a derechos ya adquiridos, lo que presupone «la consumación del *iter* adquisitivo del derecho». [109]

HERRERO GARCÍA, luego de puntualizar la diferencia entre capitulaciones en sentido amplio y el contenido típico de los capítulos, precisa que la norma del artículo 1317 queda referida a este último, por lo que aplica cuando se trata de una modificación del régimen económico, bien sea uno convencional o el legal supletorio vigente por operación de ley.[110] LACRUZ ya había advertido, sin embargo, que la modificación a la que hace referencia el artículo 1317 ha de ser un cambio «verdadero» del régimen económico matrimonial, por lo que aquel relacionado con las atribuciones realizadas por los cónyuges entre sí, o por terceros a estos, no queda incluido en el ámbito de aplicación del precepto.[111] Quedan fuera, por ejemplo, los resultantes de contratos o donaciones entre cónyuges al amparo del artículo 1324 CC, o de la atribución de

[109] *Íd.* Pág. 1499.

[110] Herrero García, *op. cit.*, pág. 576.

[111] Lacruz Berdejo, *op. cit.*, El matrimonio y su Economía, pág. 142.

carácter ganancial prevista en el artículo 1355 CC o "incluso cuando el cambio en la atribución derive de la confesión de privatividad a que se refiere el art. 1324 CC".[112]

La norma del artículo 1317 CC se desvía de la pauta generalizada que predica que los cambios capitulares son oponibles a todos desde su publicación, en cuanto protege "los derechos ya adquiridos por terceros". Por eso se estima que la modificación no será eficaz en cuanto perjudique los derechos ya adquiridos. LACRUZ[113] lo explicó con claridad en los siguientes términos:

> "En cuanto a la modificación del régimen realizada en las debidas condiciones de forma y publicidad, el art. 1317 establece una excepción a la regla general. La novación, en principio, es oponible a todos desde el momento de su publicación, como es de regla (S. 25 septiembre 1999). Ahora bien, aunque se puede oponer, en términos generales, a cualquiera, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.
>
> Tales terceros se hallan salvaguardados frente a las modificaciones del régimen económico matrimonial que no hayan sido publicadas: estas no les son *oponibles*, aunque sean *válidas* y ellos sí pueden alegarlas y oponerlas frente al cónyuge que las pacto.
>
> Pero aquí la ley da un paso más, al conservar indemnes contra la modificación válida y oponible del estatuto conyugal a «los derechos ya adquiridos» en la fecha en que la modificación consiguió eficacia *erga omnes*: por tanto, no en aquella que se pactó, sino en la de su constancia en el Registro civil.
>
> «Derechos ya adquiridos» son, no sólo los reales, sino también los de crédito; la nueva situación no perjudicará sus derechos anteriores, pero no impide que les favorezca.
>
> Por supuesto, lo único que tiene que probar el acreedor o titular del derecho es la anterioridad de éste a la modificación, sin que haya cuestión de fraude cometido por el cónyuge frente a él, que no se requiere para la salvaguarda del derecho adquirido. Esta, a su vez, se opera frente a todos, y no sólo a los cónyuges capitulantes."

---

[112] Artículo 1324, Código Civil Español.

[113] Lacruz Berdejo, *op. cit.*, El Matrimonio y su Economía, págs. 142-143. En igual sentido, Herrero, *op. cit.*, pág. 576. Respecto de la novación y los otorgantes de los capítulos anteriores, Lacruz aclara que según lo preceptuado en el artículo 1331, para que sea válida la modificación de los capítulos matrimoniales ha de realizarse ésta con asistencia y concurso de las personas que intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare derechos concedidos por tales personas. En tal sentido, el autor apunta que es necesario aclarar la diferencia existente entre la modificación de las capitulaciones a la que hace referencia el artículo 1.331 y la modificación del régimen preceptuado en los artículos 1317 y 1325 pues no se trata de determinaciones negociables distintas e independientes sino que la llegada a la segunda está condicionada a que sea a través de la primera, puesto que la alteración del régimen es un resultado de la modificación de los capítulos. De esta forma, "la primera se realiza, como vemos (art. 1331), con posible intervención, como otorgantes, de personas no cónyuges, que entonces no pactan las nuevas reglas de la economía del matrimonio, lo cual es incumbencia exclusiva de los cónyuges, sino que concurren a efectos de aquellos pactos que afecten a «derechos concedidos» por ellas".

La doctrina reconoce que la norma recogida en el artículo 1317 tiene en cuenta los múltiples supuestos en los que los derechos ya adquiridos por terceros pudieran verse perjudicados por la intención de los cónyuges de defraudar.[114] Ello es particularmente preocupante cuando el cambio en el régimen económico matrimonial se hace para pasar del régimen de gananciales a un régimen económico de absoluta separación de bienes, por lo que en ello precisamente radica la gran importancia de la norma preceptuada en el artículo 1317, porque vino a ser el vehículo que permite que el acreedor pueda defenderse del fraude urdido por los cónyuges sin necesidad de que tenga que probarlo. Por ende, al amparo de la citada norma el acreedor tiene disponible la protección de sus derechos por operación de la regla de inoponibilidad del cambio de régimen económico realizado por los cónyuges constante matrimonio. HERRERO GARCÍA concluye que no es la impugnación de las capitulaciones matrimoniales mediante las cuales se modificó el régimen económico la vía para que cobre vigencia la norma del artículo 1317 en protección de los terceros, puesto que éstos no han de probar la falta de eficacia de la modificación sino que sólo tendrán que demostrar que sus derechos estaban ya adquiridos en la fecha en la que fue eficaz tal cambio.[115] A su juicio, la jurisprudencia lo ha avalado así al disponer que la protección contenida en el artículo 1317 significa para los acreedores de los cónyuges que "no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior ni por el establecimiento de nuevas pautas, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio respecto de los cuales persistirá la situación originaria".[116]

GULLÓN BALLESTEROS, por su parte, asegura que el precepto ha de entenderse tal como fue adoptado por el legislador de 1975, que pretendía crear una medida más de protección a los terceros acompañada de otra con el mismo objetivo, léase la de la publicidad. No obstante, recalca que la protección de los terceros acreedores no significa necesariamente que la norma del artículo 1317 presuma una situación fraudulenta, ni la suponga *a priori*, pues ello resultaría incompatible con la norma permisiva de la modificación y no armonizaría con un ordenamiento en el que el surgimiento mismo de la alegada situación fraudulenta está autorizado por el legislador:

[114] Herrero García, *op. cit.*, pág. 576.
[115] *Íd*. Pág. 577.
[116] STS de 17 de febrero.

> "En realidad, ha tratado la cuestión como una norma del derecho transitorio, y de ahí que en aquella Exposición de Motivos se aludiese expresamente a la «irretroactividad». Viene a establecer el imperio del principio *tempus regit actum*; por la modificación no quedan afectadas las situaciones creadas con anterioridad en favor de terceros, que han de regirse por la norma entonces existente (aquí, el régimen económico anterior a la modificación). Sin embargo, no es absoluta aquella «irretroactividad», pues lo que se quiere evitar es el «perjuicio», luego si la modificación no sólo no perjudica al tercero sino que puede beneficiarle, el artículo 1317 no entra en juego. De la misma manera que en él no se sienta ninguna presunción de fraude ni es operante exclusivamente cuando se prueba su existencia, tampoco establece que toda modificación entraña por sí misma perjuicio al tercero.
>
> ¿Cuál es el sector de la realidad jurídica al que se aplica el artículo 1317? Según su letra, a la «modificación del régimen económico matrimonial». El verbo modificar posee un sentido amplísimo que permite incluir en la norma que comentamos tanto la sustitución del régimen vigente entre los cónyuges por otro, como el alterar cualquier estipulación o norma legal que regule aquél, pues no exige el artículo 1317 que el régimen que se modifica tenga que ser uno convencional. Ha de resaltarse que la modificación debe afectar a reglas de contenido económico exclusivamente.[117]

GULLÓN BALLESTEROS también puntualiza que la referencia del artículo 1317 a los terceros pretende que la norma de protección de los acreedores no pueda ser alegada por los cónyuges en ningún caso, por lo que la referencia a los terceros ha de entenderse siempre a los que no son sujetos del régimen económico matrimonial que sufre la modificación. Entre estos terceros tampoco deben incluirse los legitimarios porque estos, como se sabe, no adquieren derecho alguno mientras no muera su causante. Además, para él una de las cuestiones más trascendentales que provoca la norma recogida en el artículo 1317 es el significado exacto de la protección que otorga a los acreedores. Cuando el precepto dispone que la modificación no perjudicará al tercero podría pensarse que está describiendo el resultado final de las acciones que ha de ejercitar, tales como la acción rescisoria por fraude o la nulidad por causa ilícita si la modificación se hace con el propósito de perjudicarle. En ese sentido afirma que esa tesis es defectuosa desde su base misma porque resulta frontalmente opuesta «a la *mens*

[117] Gullón Ballesteros, *op. cit*., Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975, pág. 1272. Este autor resalta además que cuando el legislador dispuso que la modificación del régimen tiene que hacerse durante el matrimonio, lo que significa es que el cambio deberá afectar un régimen económico vigente que no haya cesado en el momento de la modificación, pues para él resulta lógico que así sea porque entran en vigor las reglas de liquidación del régimen que ya toman en cuenta los derechos de los terceros.

*legis*» puesto que si la ley persigue que el tercero esté indemne del perjuicio resultaría ilógico aceptar que la consecuencia principal de la modificación del régimen sea que él tenga que recurrir a la acción judicial para obtener la protección. Incluso llega a afirmar:

> "Para este fin sobraba por completo el artículo 1317. Cierto que en ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado el artículo 1317 en el contexto de la acción rescisoria de la modificación por fraude, pero ello ha sido debido a que los acreedores, en la demanda rectora del procedimiento contra el cónyuge deudor, han ejercitado la susodicha acción pauliana, y bajo ese planteamiento ha discurrido todo el pleito. De ahí que se haya tenido que constatar si se daban condiciones para acceder a la rescisión, pues el punto de partida no sólo era erróneo, sino también su fundamentación; se creía que el artículo 1317 legitimaba al tercero para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude, pero sin necesidad de demostrar ninguno de los requisitos que condicionan su viabilidad.
>
> En realidad, el artículo 1317 da al tercero la facultad de oponerse a cualquier pretensión del cónyuge deudor asentada en la modificación que perjudique sus derechos, alegando el carácter de inoponibilidad de la misma frente a él."[118]

Como se desprende de todo lo discutido, el principio de indemnidad de los derechos ya adquiridos por terceros preceptuado en el artículo 1317 CC se erige como un límite imperativo a la libertad de modificación del régimen económico matrimonial consagrada conjuntamente en los artículos 1315 y 1325 CC. Además, se inserta como valor fundamental de la normativa vigente que regula la voluntad de los cónyuges, en armonía con los demás preceptos resaltados de entre las disposiciones generales que conforman el llamado *régimen matrimonial primario*. Resultan de gran pertinencia para este trabajo por cuanto irradian sus efectos sobre el tema de investigación.

[118] *Íd*. Pág. 1273.

# CAPÍTULO II
# ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL OTORGAMIENTO DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES

## 1. Planteamiento general

El debate sobre los límites al posible contenido de las capitulaciones matrimoniales, celebradas antes o durante el matrimonio, está irremediablemente subsumido en otro asunto más amplio: el alcance de la autonomía de la voluntad en materia familiar. Este tema, a su vez, es una importante ramificación de una discusión mayor de profusa discusión: el ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Aun así, no es sereno el tema ni mucho menos está agotado pues, por el contrario, cada vez más se reafirma su vigencia, bien a raíz del surgimiento de nuevas necesidades metajurídicas para las cuales el Derecho viene obligado a proveer soluciones, o simplemente como consecuencia de la evolución de principios jurídicos concomitantes entre los que sobresalen, por su jerarquía, los de rango constitucional. Es necesario aclarar que el fin no es estudiar la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado, ni siquiera en el marco del Derecho de familia, sino servirse de los postulados planteados en cuanto a los límites o la ausencia de ellos respecto del contenido de las capitulaciones matrimoniales.

Al extrapolar la discusión sobre los límites generales de la autonomía de la voluntad en la contratación al ámbito de la discusión sobre lo imperativo y lo dispositivo en el Derecho de familia, es menester tener presente, como explican DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, que éste reviste "características propias y definidas" que lo insertan en el Derecho privado de manera particular. Aunque no llega a subsumirse en el Derecho público, muchos de sus preceptos pueden tener carácter imperativo y mayor alcance en comparación con otras parcelas del Derecho privado. Ello no comporta, por supuesto, la supresión de la autonomía de la voluntad. Al respecto abundan:

> "Frente a este modo de pensar puede observarse que las corrientes modernas van permitiendo un mayor ámbito de acción de la autonomía de la voluntad en el campo jurídico-familiar. Este hecho obedece a la concurrencia de factores significativos: el primero es el tránsito histórico de la familia patriarcal y jerarquizada a la familia igualitaria y asociativa, que permite que sus miembros, menos subordinados y más coordinados, establezcan entre sí pactos o estipulaciones: el segundo sería que, coexistiendo en la fase de crisis los modelos tradicionales de familia con otros que pugnan por abrirse paso, se establece necesariamente un pluralismo y un abanico de opciones y hay que permitir a los interesados la elección para que ajusten su vida familiar a uno u otro modelo; el tercer factor puede ser la pérdida de importancia social de las condiciones familiares en relación con estados civiles y una cierta tendencia a convertir el tema familiar en un tema privado sin trascendencia social…[.]
>
> Todo ello produce la ampliación del marco de las posibilidades de actuación de la autonomía de la voluntad en la materia jurídico-familiar que la reforma de 1981 ha consagrado muy marcadamente."[1]

En igual sentido se expresó DE LA CÁMARA ÁLVAREZ al reclamar que aunque se dé por subsumido el Derecho de familia en el ámbito del derecho privado, es indiscutible que sus particularidades lo diferencian del derecho patrimonial, con mayor intensidad, cuando se discute la "mayor o menor" relevancia que le permite a la autonomía de la voluntad de los sujetos. Con todo, no considera ello suficiente para reclamar el mismo rol a la autonomía de la voluntad en sendos ámbitos como tampoco para aseverar que el Derecho de familia es campo vedado para aquélla. De hecho, él remarca que, aún en el Derecho de familia codificado anterior a la reforma del año 1981, e incluso la versión primigenia de la normativa reguladora de la economía matrimonial, el artículo 1315 CC permitía que los cónyuges estipularan su régimen económico sin otras limitaciones que las señaladas en el propio Código. Inmediatamente después fijaba tales limitaciones a las leyes, las buenas costumbres y la autoridad correspondiente a cada cónyuge; formulación esta que, a su juicio, no resultaba "demasiado lejana" de la impuesta de modo general a la libertad contractual.[2]

El referido autor, al reconocer que la reforma de 1981 amplió significativamente el alcance de la actuación de la voluntad privada en el ámbito de las relaciones familiares, sobre todo en lo concerniente al contenido mínimo del convenio regulador,

[1] L. Díez-Picazo y A. Gullón Ballesteros, Sistema de Derecho Civil IV, 9na ed., Madrid, Ed. Tecnos, 2004, pág. 44.

[2] M. De La Cámara Álvarez, La Autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia, BIICNG, mayo 1986, pág. 8.

fue uno de los primeros en reclamar un espacio mayor para la autonomía privada, pero no limitado a lo preceptuado en el artículo 90 CC, que entendió referido sólo a la "patología matrimonial". Por ello entendió indispensable puntualizar: "… la creciente influencia de la autonomía de la voluntad en el seno del derecho de familia y que —paradójicamente— viene a coincidir con su paulatina pero evidente decadencia dentro del derecho contractual, no quiere decir que el derecho de familia haya cambiado de signo. Que se permita a la voluntad de los particulares un margen de actuación mayor que antaño no significa que el interés individual prime sobre el interés del grupo familiar sino solamente que, respetando éste, no hay que atenerse siempre obligadamente a los esquemas previstos por el legislador".[3]

De otra parte, con el debate sobre la eficacia de los derechos y de las libertades constitucionales en las relaciones entre los particulares como telón de fondo, LÓPEZ AGUILAR afirma que la Constitución española de 1978 obligó a una relectura del principio de la autonomía de la voluntad como pilar del Derecho privado y planteó la necesidad de ponerlo en una perspectiva distinta para revisar las conclusiones que eran alcanzables en tiempos anteriores. En ese contexto y en atención particular al efecto que han tenido las nuevas «coordenadas» constitucionales y los límites imperativos a la forma y a la libertad contractual sobre el Código civil como columna vertebral del Derecho privado, estima que la autonomía de la voluntad hay que entenderla como la "concreción del principio liberal de *libertad negocial*" por el que el ordenamiento viabiliza la capacidad de las personas "de contraer y asumir derechos y obligaciones mutuamente exigibles y protegidas por la ley a partir de la expresión de su libre voluntad, mediando un objeto lícito, una causa legítima y un consentimiento expreso para obligarse en dicho acto de libre disposición".[4]

En atención a lo anterior, con claridad explica DE LA CÁMARA ÁLVAREZ cómo ha de entenderse la articulación de la autonomía de la voluntad en armonía con los derechos y libertades constitucionalmente protegidas:

> "De este modo, objeto, causa y manifestación del consentimiento lícitamente expresado vienen considerándose bases estructurales de la libertad contractual, por la que se articula la realización jurídica de la denominada autonomía de la voluntad. Viene con ello a afirmarse que,

[3] *Íd*. Pág. 9.

[4] Véase J. López Aguilar, Autonomía de la voluntad, poder público y orden constitucional, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, (Lorenzo Pratts Albentosa, coord.), Vol. I, Wolters Kluwer, España, 2012, pág. 8.

existiendo licitud de objeto, expresión de consentimiento y legitimidad de la causa (—conformidad con la ley, sin alteración ni perjuicio a los derechos de tercero ni al orden público protegido por la ley—), es posible contratar. Y de cada contrato, como acto jurídico lícito, surgen y dimanan derechos y obligaciones. Y estas obligaciones modulan, a su vez, el ejercicio de los propios derechos y libertades. Modulan, por descontado, el ejercicio de los *derechos patrimoniales* (entre ellos, singularmente, el *derecho de propiedad*, consagrado en la Constitución en el art. 37 desde la perspectiva de su *función social*). Pero modulan también los derechos de contenido no patrimonial: esto es, de los derechos que solemos considerar derechos de la personalidad.

Pues bien, estas categorías de tan honda raigambre en la inveterada doctrina del Derecho privado español, presentes ya en el Código Civil de 1889 y actualizadas en el Título Preliminar insertado en 1974, estaban ya bien asentadas cuando la Constitución entró en vigor el 29 de diciembre de 1978. Pero es a partir de esta fecha que dichas categorías —la propiedad, la autonomía de la voluntad y la libertad negocial y contractual— pueden y deben ser releídas de conformidad a la Constitución. Porque es la Constitución la que ha fundado en España un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, además de la justicia y el pluralismo político (art. 1.1 CE), al tiempo que ha consagrado los principios vinculados al imperio de la ley (Preámbulo de la CE) y al principio de legalidad (arts. 9.1 y 9.3 CE), ha incorporado un mandato dirigido a los poderes públicos para remover cuantos obstáculos encuentre a su paso que puedan impedir que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en los que éstos se integran sean reales y efectivas (art. 9.2 CE).”[5] (citas omitidas)

Estas ideas esbozadas en el contexto del Derecho privado en general sirven de base idónea para extrapolar la discusión al ámbito del Derecho de familia español pues, como constata DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, en éste se refleja claramente el auge de la discusión sobre la trascendencia de la autonomía privada en el ámbito familiar, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, por lo que se hizo eco de quienes han afirmado que su estudio “*está de moda”* y que es el “*tema estrella”* del Derecho de familia actual.[6] Y no exageraba entonces, pues tales referencias no son sino dos buenas muestras de la amplísima bibliografía jurídica que ha generado la cuestión. En concreto, se refería, en la primera de sus referencias, a un trabajo de ROCA TRÍAS en el cual ella

[5] *Íd*. Pág. 8.

[6] C. De Amunátegui Rodríguez, La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* 117, (J.J. RAMS ALBESA, director y coordinador), Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2009, pág. 121. Véase, A. Lamarca Marqués, y otros, Separate property and family self-determination in Catalonia: a changing model?, en *The role of self determination in the modernization of family law in Europe*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pág. 107.

afirmaba, entre otros extremos, que aunque parece ser que los cónyuges «modernos» vienen ejerciendo con mayor frecuencia su autonomía y por ende el derecho a desplazar las reglas por defecto con la autorregulación de sus intereses en el contexto matrimonial, estos enfrentan dificultades al tratar de ejercer esta autonomía de la voluntad "que todos pretenden reconocer como eje del sistema, pero que todos también encuentra muchas dificultades en aplicar".[7]

Ciertamente, las transformaciones sufridas en las relaciones y las situaciones familiares han tenido un reflejo, en algunas ocasiones, en normas propias del Derecho de familia, y en otros casos la fuerza de los hechos no ha tenido, todavía, su reflejo normativo. La ampliación de la autonomía privada en el ámbito familiar no es sino una muestra de esas transformaciones y, aunque pueda resultar contradictorio, esa autonomía ampliada debe convivir con la injerencia de los poderes públicos en situaciones familiares y con la denominada *administrativización* de las relaciones y situaciones familiares que, como es sabido, está afectando a las relaciones jurídico privadas en general, y de familia en particular.

De otra parte, se afirma que es en las últimas décadas que múltiples juristas han resaltado el rol de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia. Para PAZ ARES ocurre a tal punto que la autonomía de la voluntad de los cónyuges llegó a ser un tema "estrella" porque los cambios experimentados por el Derecho de familia español provocaron que distintos conceptos e instituciones se fueran modificando para adecuarse a una nueva realidad. Entre ellos destaca los cambios experimentados en la normativa reguladora del matrimonio tras la aprobación de la Constitución de 1978 y su consecuente cristalización de "nuevos valores de una sociedad democrática".[8] Reconoce, como muchos otros autores, el rol protagónico que tuvo el legislador de 1981 en propiciar los cambios normativos que impulsaron un nuevo marco jurídico «revolucionario». Estima que la práctica jurídica también ha tenido un rol importante en el nuevo orden:

[7] E. Roca Trías, Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis, en *Homenaje al Profesor Lluis Puig I. Ferriol,* (Abril Campoy, J.M. Y Amat I Llari, M.E. Coords.), T. II, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2006, págs. 2107, 2138.

[8] I. Paz Ares, Previsiones capitulares, en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares, Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Madrid, Ed. Dykinson, 2008, pág. 97, 99.

> "La transformación de la realidad familiar ha pilotado el cambio normativo. La familia, que tradicionalmente abarcaba las personas ligadas por los vínculos del matrimonio o la filiación, se alarga para comprender también bajo su órbita las relaciones personales entre personas no casadas. También es de reseñar la gran variación de la perspectiva temporal con que se contemplan a las relaciones conyugales.
> Sin embargo, como decíamos, quizá ninguna institución ha vivido un cambio tan profundo como el matrimonio. Y ya no me refiero sólo a la nueva definición de éste, que abre la institución matrimonial a las uniones homosexuales, sino al proceso de privatización y democratización que han experimentado las relaciones matrimoniales.
>
> Hablamos de democratización, por cuanto el valor constitucional de la igualdad ha tenido tal calado legislativo que ha teñido de igualitarismo todas las relaciones familiares, especialmente las conyugales."[9]

Para él, la referida evolución del ordenamiento español se destaca, sobre todo, por una ruta «imparable» dirigida a la «privatización» del matrimonio. Como fundamento de su apreciación destaca que dan prueba de ello los siguientes aspectos: (1) la mudanza de la estructura del núcleo básico de la familia, reflejada en la «difuminación» del "interés unitario y superior" ordenador de la familia en torno a la idea de deber jurídico, característico de una institución predominantemente pública a la que correspondían funciones y potestades, más que derechos y facultades; (2) la fuerza de las cosas ha ido fraguando el reconocimiento de las situaciones fácticas a pesar de algún grado de renuencia inicial del legislador y aun partiendo de las escasas referencias de la ley a ello; (3) las circunstancias particulares de la pareja encuentran mayor acomodo en los esquemas normativos disponibles para la ordenación de la familia por cuanto se provee un radio de acción a la autonomía de la voluntad de los cónyuges para diseñar el marco jurídico de su relación, principalmente en el aspecto patrimonial; y (4) el cambio experimentado en la base de la relación familiar que ahora se fundamenta en la *afecttio conyugalis*, por lo que no basta que esté presente al comenzar la relación sino que es indispensable para preservar su vigencia, dando así cabida a la idea de la "*consensualidad permanente*" como requisito para la continuidad de la relación matrimonial y por ende reconociéndole eficacia a la voluntad unilateral para terminarla.[10]

[9] *Íd*. Pág. 99.

[10] *Íd*. Págs. 100-101. (El autor resalta que en este último aspecto ha tenido gran impacto la Ley de 8 de julio de 2005, cuyo historial legislativo da cuenta claramente de que entre sus finalidades estaban la

En igual sentido se expresan otros autores para poner de manifiesto cómo el principio de la autonomía de la voluntad viene reclamando mayores manifestaciones en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares, principalmente como vehículo para viabilizar el acercamiento de posiciones potencialmente encontradas ante el surgimiento de controversias que no necesariamente son atendidas por el ordenamiento vigente, ni por sus operadores, de la forma más adecuada a las circunstancias particulares de los más interesados en la cuestión. Y no sorprende a nadie que se diga que esa tendencia no se detendrá en un futuro cercano, pues, muy por el contrario, es indiscutible que los modelos familiares no están congelados en el tiempo, sino que transmutan. Por ende, reclaman, más bien exigen, un radio mayor de aplicación para la autorregulación de las relaciones familiares, sobre todo en el ámbito concreto de las relaciones de pareja, tanto en la convivencia como en el matrimonio.

Así lo entiende el sector doctrinal que reclama una revisión constante del marco normativo de las relaciones jurídicas familiares por considerar que la regulación minuciosa resultante de la reforma de 1981 es hoy un modelo enfrentado a importantes transformaciones.[11] Con ello reafirman la apreciación de RAMS ALBESA quien, al poner en perspectiva el modelo reformado treinta años antes, aseguró que el ideario reformista y sus correspondientes textos legislativos se hicieron viejos con mucha más velocidad de lo que era anticipable "al ser superados por la velocidad del cambio operado en la sociedad española, en el seno de las familias y en los roles en ella asignados a los distintos componentes, así como la mentalidad y valores morales de los individuos de quienes, en definitiva, dependen las estabilidades y los cambios". En tal sentido atribuyó el rol protagónico a la rapidez de los cambios sociales:

> "Si una generación de madres, la de los años 40, preparó sin aspavientos ni discursos a sus hijas para que se incorporasen al trabajo extradoméstico y a todos los niveles de la enseñanza, la generación de sus hijas, las madres de los años setenta prepararon a las suyas para contar con recursos propios y ejercer sus criterios, ideas y pensamientos independientes. Por todo lo que antecede, el envejecimiento de las normas de la reforma tiene poco que ver con la técnica y la dogmática jurídicas vertidas en ellas, sino con los tiempos de sus efectos: las destinatarias de los regímenes de 1981 —siempre han sido las mujeres los verdaderos

ampliación del alcance de la libertad de los cónyuges para ejercer la facultad de procurar la disolución del vínculo matrimonial y el reconocimiento de un mayor rango a la voluntad de la persona que ya no quiere permanecer casado con su cónyuge.)

[11] En ese sentido, De Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pág. 127.

> sujetos de los regímenes en su proyección teleológica— no eran como se preveía en el ámbito mayoritariamente masculino de la legislación y la jurisprudencia, unas ciudadanas que se encaminaban hacia la real y radical igualdad económica tras conferírseles la igualdad político-jurídica, sino unas mujeres que ya se sabían radicalmente iguales en lo personal y el cambio normativo, constitucional y familiar valía como confirmación de un estado pleno y real, no como un objetivo a lograr a medio plazo en el mundo de la dirección de las economías personal y familiar. Así la reforma de 1981 que llegaba socialmente con veinte años de retraso operaba sobre una sociedad que ya había efectuado el cambio más difícil: el de la autocontemplación de los sujetos como lo que eran, cuando el proyectista pensaba todavía en el deber ser."[12]

Quizá sea bueno traer a colación la consideración de que el legislador nuevamente, como en tantas otras ocasiones, fue superado por los hechos y no supo estar a la altura de las circunstancias. La sensación que se tiene, con el transcurso del tiempo, es de una historia que se está contando a una sociedad que, debiendo ser protagonista, se siente ajena de ella porque la tiene superada. En otras modificaciones legislativas posteriores a la de 1981, la sensación no es muy diferente: la sociedad destinataria de la norma va por un lado, y el legislador por otro. Prevalece, eso sí, un denominador común: el legislador siempre está detrás y va a remolque de aquélla. En el supuesto que aquí se trata, los cónyuges se sienten libres en un plano de absoluta igualdad y con capacidad de decisión bastante para determinar cuál ha de ser el contenido, que les resulte útil y provechoso, de sus capitulaciones matrimoniales.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ sintetiza diáfanamente las voces doctrinales que recogen diversas apreciaciones sobre el efecto de tales transformaciones en el Derecho de familia al explicar que para describirlas "se habla insistentemente de una 'desregulación' de modelos familiares, de una 'subjetivación' del derecho de familia, o de una mayor 'contractualización' o 'privatización' del mismo". Opina que tales afirmaciones no son apreciaciones personales o simples reflexiones desde una perspectiva sociológica, sino que reflejan atinadamente la modificación de una realidad que no armoniza con la imposición de reglas rígidas de carácter general o vedadas al convenio de los particulares. Esta persuasiva visión la lleva a concluir

[12] J. J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez, El Régimen Económico del Matrimonio, en *Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2005, págs. 926, 927.

contundentemente sobre el desgaste de un enfoque normativo pensado para un tiempo pretérito:

> "Parece que el modelo tuitivo, proteccionista o intervencionista de las relaciones entre los cónyuges no es el más adecuado para resolver las exigencias que demanda el funcionamiento económico de las familias en la realidad diaria, ni resulta igualmente que la solución a los problemas que presenta la gestión cotidiana de la economía familiar tenga que alejarse de los parámetros que reglamentan otras relaciones patrimoniales. Más bien al contrario, serán los esposos los que conozcan cuál sea la situación concreta y específica que presenta su familia y en consecuencia deberán adaptar las reglas del ordenamiento, dispositivas claro está, a sus exigencias particulares estableciendo un régimen personalizado que tan sólo puede modalizarse mediante el reconocimiento de su poder de autorregulación." [13]

Queda así de manifiesto la necesidad de viabilizar la autorregulación de las relaciones jurídicas familiares porque, como se examina a continuación, se erige como exigencia infranqueable del rango constitucional ostentado por principios fundamentales que, desde la jerarquía que reviste la ley suprema, proyectan sus efectos al más íntimo entorno de la familia.[14]

## 2. Límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes de capitulaciones matrimoniales

### 2.1. Consideraciones generales

La amplitud de la libertad de los cónyuges para pactar sobre asuntos del entorno familiar conforme al ejercicio de su autonomía privada, en su espectro más amplio, no es de nuevo cuño, aun cuando los modelos familiares de los distintos tipos de familias

[13] De Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pág. 127.

[14] Véase M. A. Parra Lucán, Autonomía de la voluntad y Derecho de familia, en *Autonomía dela voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, (Lorenzo Pratts Albentosa, coord.), Vol. I, Wolters Kluwer, España, 2012, pág. 103. (En este prolijo estudio se examina con detenimiento el desenvolvimiento del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia, puntualizando cómo "mediante el asesoramiento y atención particularizada a los problemas de cada familia, la actuación notarial contribuye a hacer efectivo el ejercicio de esta libertad, salvaguardando al mismo tiempo la protección de los más débiles, los menores e incapaces".)

hayan variado a lo largo del tiempo, con mayor nitidez en los últimos tiempos. De acuerdo con RAMS ALBESA, así lo anticipaba LACRUZ hace tiempo:

> "Estoy plenamente de acuerdo con mi maestro cuando afirma que 'en el matrimonio, germen de la familia,… lo determinante… es el compromiso de los cónyuges ratificado por la ley. No el amor, sino la responsabilidad, la vinculación', pero cuando falla la predisposición de la ley resulta conveniente, casi preciso, volver los ojos al pacto, aunque éste presuponga 'una correlativa reducción de la zona de intimidad familiar, que deja de ser el antiguo *hortus clausus*'. Para afirmar más adelante: 'la aplicación de la teoría general del contrato adquiere un importante papel en las crisis matrimoniales y familiares. Tras el vendaval que ha arrasado el vínculo matrimonial, quedan unos restos de la familia: la familia rota; un fenómeno de siempre, que ahora quiere una figura jurídica peculiar importante. Esta familia o resto de familia precisa de un estatuto, una disciplina y es este estatuto lo que puede ser objeto en muchos extremos de regulación voluntaria'.
>
> Este anticipo realizado por el maestro LACRUZ al año de la primera gran reforma de la disciplina matrimonial tras la Constitución adquiere pleno sentido con la reforma de la ley de 8 julio 2005 al finalizar con el divorcio remedio, a veces sanción, y abrir nuestro ordenamiento a la extinción del vínculo matrimonial por cesación bilateral o unilateral de la *affectio matrimonialis*."[15] (citas omitidas)

En igual contexto temporal, PÉREZ SANZ anticipaba que, en relación con los límites a la autonomía de la voluntad en los capítulos matrimoniales, era de rigor entender que la visión más «privatista» del matrimonio propiciada por la Constitución de 1978, reflejada, por ejemplo, en la entonces nueva redacción del artículo 1325 CC, trajo consigo "el reconocimiento de una amplia libertad a los cónyuges para regular las distintas relaciones derivadas del matrimonio".[16]

Así, no parece que haya duda en el ordenamiento español, como tampoco en la doctrina científica, de que se favorece el reconocimiento de un espacio de libertad a los cónyuges para que puedan diseñar, conforme a su voluntad, el esquema normativo que

---

[15] J. J. Rams Albesa, La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, (coord. Rams Albesa, J. J.), Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2009, pág. 83. En igual sentido, De Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pág. 122. ("[Q]ue no se pueda calificar de novedad lo demuestran las palabras del profesor LACRUZ BERDEJO, formuladas en 1982, en las que las consideraciones sobre la nueva familia le llevaban a afirmar que "la dirección dual de la familia y la vida conyugal tienen ahora que desenvolverse mediante pactos". Ambos autores se remiten al trabajo de LACRUZ, Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar, La Ley 3/1982, Madrid, 1982, pág. 728-729.

[16] A. Pérez Sanz, Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, 48 AAMN págs.7, 12, T. XXVI, Madrid, Ed. Edersa, (1982).

ha de regir su relación matrimonial en atención a las circunstancias concretas en las cuales se desenvolverá, pero desde un marco normativo que ciertamente impone límites. No hay que olvidar que no todas las normas aplicables en este caso tienen carácter dispositivo; la imperatividad de algunas de ellas impone una primera restricción a esa libertad para diseñar el entramado de sus relaciones conyugales. El debate sobre la demarcación de tales límites, sin embargo, aún no es pacífico, como se apuntó en un apartado previo de este trabajo al discutir el entorno normativo de las disposiciones generales en las cuales, desde la reforma de 1981, está insertada la libertad de los cónyuges para pactar su régimen económico matrimonial y la libertad general de contratación entre ellos.

En tal sentido, y refiriéndose a que, a su modo de ver, a partir de la reforma de 1981 el ordenamiento español experimentó un debilitamiento de los vínculos y relaciones de autoridad en el entorno familiar que desembocó en el «contractualismo» al que se refirió LACRUZ, afirma PÉREZ HEREZA que ello supuso "el paso de la familia institucional a la familia contractual"[17] y el reconocimiento, tanto doctrinal como normativo, del negocio jurídico familiar —defendido, entre otros, por DE CASTRO y DÍEZ PICAZO— como vehículo para que los miembros de la familia puedan pactar la regulación de sus relaciones familiares. Es acertada su apreciación de que la superación de ese debate permitió el desplazamiento de la polémica a la fijación de los límites de la autonomía de la voluntad en el contexto de las relaciones jurídicas familiares, debate que el propio PÉREZ HEREZA sintetiza al expresarse sobre los dos extremos del espectro en el cual oscila la cuestión:

> "Así quienes siguen considerando que la familia, en particular la basada en el matrimonio, tiene un importante papel social que justifica su tutela pública consideran muy limitado el papel de autorregulación de los cónyuges.
>
> Por ello admitido el negocio jurídico se siguen señalando como límites genéricos del mismo: su carácter personalísimo, formal y típico de modo que no se reconozca efectividad a negocios fuera de los expresamente admitidos por el legislador, y dentro de los negocios típicos sólo se admite la regulación pactada en los casos expresamente admitidos por la normativa, interpretándose el silencio legal en sentido negativo.
>
> Por el contrario quienes ponen el acento en la libertad se inclinan por reconocer un amplísimo papel a la autonomía de la voluntad que

[17] J. Pérez Hereza, La Autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales, 48 AAMN pág. 549, (2007-2008).

> abarcaría no solo la regulación convencional de los efectos de la familia tipificada legalmente (que es la matrimonial), sino incluso la creación de otras formas de familia merecedoras de protección… .
>
> En todo caso… la determinación de la amplitud del principio de autonomía de la voluntad en el derecho de familia, es una cuestión fuertemente influida por concepciones morales y sociológicas, por tanto en constante evolución, paralela a la que incide sobre el concepto mismo de familia."

De otra parte, ROCA TRÍAS plantea que al discutir la necesidad de reconocer o no la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares hay que puntualizar que el Derecho de familia no regula un solo tipo de relación ni reconoce un solo tipo de estructura familiar sino que, por el contrario, opera sobre relaciones de distinta naturaleza y configura estructuras relacionales de diversas clases. De ahí que haya que distinguir entre las relaciones verticales, para referirse a las que mantienen los padres con sus hijos, y las relaciones horizontales, aquellas que conciernen a los cónyuges entre sí. Las primeras están reguladas por normas absolutamente imperativas porque fueron pensadas exclusivamente para proteger el interés de los menores en función de su vulnerabilidad y su falta de capacidad para autogobernarse. En el plano de las relaciones horizontales, de otra parte, se admite un mayor espacio para los pactos conyugales si bien tampoco opera la autonomía de la voluntad de manera irrestricta o absoluta.[18]

La autora catalana reconoce que el ejercicio de la autonomía de la voluntad a través de los negocios jurídicos familiares ha estado formulado en el Derecho español habitualmente en función de las capitulaciones matrimoniales, pero advierte que ese planteamiento sólo atiende parcialmente el asunto porque atañe sólo a una parte del grupo familiar, léase los cónyuges, y a un tipo específico de estructura familiar, aquella constituida en matrimonio. De ahí su reclamación de que en la actualidad se hable de autonomía de la voluntad no sólo en sede de capítulos matrimoniales sino también en lo referente al aspecto organizativo de la crisis conyugal, tanto en función de los convenios reguladores como de los pactos otorgados con ocasión de la separación o el divorcio.[19]

---

[18] E. Roca Trías, Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis, en *Homenaje al profesor Lluis Puig I Ferriol*, (coords. J. M. Abril Campoy y M. E. Amat i Llari T. II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 2113.

[19] Roca Trías, *op. cit.*, Libertad y familia, pág. 64.

Es pertinente examinar ahora las líneas principales por las que discurren los argumentos que fundamentan la discusión sobre la extensión en la cual ha de operar la voluntad de la pareja para acordar los términos y consecuencias de su convivencia matrimonial. Tarea que hay que acometer con clara consciencia de que se está en un campo donde confluyen distintas visiones. Si bien han dado lugar a que se puedan identificar unos principios comunes, no se han despejado del todo las dificultades que presenta la precisión de los límites de la autonomía de la voluntad. A esos que, en palabras de ROCA TRÍAS, "todos se refieren pero nadie acaba de concretar". [20] Así, el debate se desenvuelve, como ella resume, en la paradoja de que la defensa del principio de autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones jurídicas familiares no puede abstraerse de la existencia de límites legales tan trascendentales que ponen en duda el ámbito de la referida autonomía. A ello añade una importante matización: "Y ello sin olvidar que hablar de *familia* es quizás excesivo, porque no es lo mismo las relaciones entre cónyuges, personas adultas dotadas de capacidad para gestionar sus intereses, que de los menores, que requieren una protección legal especial, dada su condición".[21]

### 2.2 Límites dictados por preceptos constitucionales

La facultad de los individuos para acordar el desenvolvimiento de su convivencia matrimonial y familiar se fundamenta en la Constitución Española, cuya base es el valor supremo del principio de libertad reconocido en su Artículo 1[22] y su correspondiente reflejo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad amparado en su Artículo 10.[23] De igual calado constitucional es el sustrato que sirve como punto de

[20] Roca Trías, *op. cit*., Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis, págs. 2107-2108.

[21] *Íd*. Págs. 2107-2108.

[22] Constitución de España, Artículo 1.

> 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.
>
> 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.
>
> 3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.

[23] Constitución de España, Artículo 10.

partida a la discusión sobre los límites a la autonomía de la voluntad de los cónyuges para autorregular sus relaciones jurídicas familiares mediante pactos. En este particular la doctrina es coincidente, si bien es innegable la persistencia de grandes debates en cuanto al significado concreto de tales límites.[24]

Así lo pone de manifiesto ROCA TRÍAS cuando aborda la cuestión desde el ángulo del papel que desempeña la normativa jurídica de las relaciones familiares y de los principios a los que responde la ordenación vigente: "hoy la función del Derecho en la familia debe ponerse a un nivel más alto. Lo que se ha denominado *constitucionalización* del derecho de la familia, que se basa en el reconocimiento e implementación de los derechos fundamentales también en este campo lleva a que hoy deba definirse este sector del derecho privado teniendo en cuenta su inserción en un ordenamiento mucho más complejo y pluralista en el que no puede vivir aislado*".* De ahí que defina el Derecho de familia como un conjunto de normas de carácter mayoritariamente imperativo que articula en la leyes de menor rango los fundamentos constitucionales que afectan a los individuos que componen la familia, para entonces concluir contundentemente: "serán, por tanto, los derechos fundamentales, los que justifican y a la vez limitan tanto las regulaciones de la familia, como los que determinan los límites de la autonomía de la voluntad de los componentes del grupo familiar".[25]

Igual criterio defiende AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ al apuntar que, por encima de lo que dispone la normativa codificada, los límites a la libertad de los cónyuges para pactar en función de su autonomía privada vienen determinados por la Constitución. La caracteriza como "norma superior que constituye la barrera al poder de determinación de los sujetos por encima del Código Civil y de cualquier texto de derecho autonómico que regule, con las competencias adecuadas para ello, cuestiones

---

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

[24] Por todos, Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 553 y V. Moreno Velasco, Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales, Cizur Menor, Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2013.

[25] Roca Trías, *op. cit*., Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis, pág. 2107, 2110.

de régimen económico matrimonial"; a la que atribuye la función de un «techo común y general».[26]

De otra parte, PÉREZ HEREZA señala con especificidad al Título I de la Constitución Española —regulador de los derechos y libertades fundamentales y de los principios rectores de la política económica y social— como el referente desde el cual tiene que partir la determinación de la amplitud de los límites a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia. Más concretamente, concluye que en sede de matrimonio tienen incidencia los principios constitucionales de libertad, de igualdad, de protección de la familia, de protección de los hijos con independencia de su filiación y de seguridad jurídica. [27] Conviene repasar, siguiendo fundamentalmente su enumeración, por su concisión, los perfiles principales de estos preceptos constitucionales en su interacción con la normativa jurídica de la familia, pero sin pretender un estudio exhaustivo de su potencial alcance porque ello, por razones obvias, excede por mucho el objetivo de esta Tesis.

### 2.2.1 Libertad e igualdad

Como se señaló al comienzo de este apartado, es en el principio máximo de la libertad que se asienta la idea de la facultad del individuo para decidir sobre los asuntos que atañen a su persona y manifestar esas decisiones por vía de las opciones que ejerce al conducirse de una manera u otra en los distintos ámbitos de la cotidianidad. En ese

[26] De Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pág. 142. (Esta autora elabora sobre la interacción de los derechos autonómicos con los límites preceptuados en el Código civil en la siguiente síntesis:

> "Como es sabido, no todos los derechos autonómicos son iguales, pudiendo calificarse algunos —los que tienen las competencias para ello— como autointegrados en el sentido de que no se podrá acudir a la regulación correspondiente del Código civil para solucionar los problemas de ausencia de regulación, o como cauce o criterio de interpretación, ni, por supuesto, a los límites previstos en el Código civil en materia de régimen económico matrimonial primario o disposiciones generales sobre el mismo. En más ocasiones de las deseables se asiste al error por parte de algunos autores y no pocas resoluciones de los tribunales de estimar, por ejemplo, que las reglas consagradas en los artículos 1315 y siguientes del Código civil son de aplicación a todos los españoles, constituyendo además un importante freno a la libertad de disposición al tratarse de reglas imperativas. Ambas apreciaciones son incorrectas, por una parte porque tales reglas no forman parte de los ordenamientos autointegrados (como el catalán, el balear, el aragonés, el navarro, el vasco o el gallego) que tan sólo tendrán las reglas imperativas que sus propias fuentes determinen —que las tienen— y no las del Código civil; y, en segundo lugar, porque la pretendida imperatividad de tales reglas no es tal como se deduce en muchos casos del propio articulado del Código." *Íd*. Pág. 143.)

[27] J. Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 553.

contexto se habla del ejercicio de la voluntad privada de las personas como reflejo de la libertad que le es inherente como ser humano, lo que en el ordenamiento español se entiende como requisito *sine qua non* para potenciar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, garantía que también comparte la máxima protección debido a su rango constitucional. Por esta razón está afincada la idea de que voluntad y libertad se traslapan porque dependen mutuamente para viabilizar el poder de las personas de elegir razonadamente. Al referirse a la libertad como valor en este contexto, MORENO VELASCO resume la idea de que la libertad es la base del reconocimiento de la facultad del ser humano para ejercer su voluntad:

> "En la filosofía contemporánea se presenta como valor fundamental, que representa, en definitiva, la capacidad de decisión propia de un ser dotado de inteligencia y capaz de autodeterminarse a sí mismo, desde las ideas. La voluntad es la potencia del ser humano que le mueve a hacer o no hacer una cosa.
>
> Según Kant «todos los hombres se piensan libres en cuanto a la voluntad». De la misma forma, afirma que «La autonomía de la voluntad es el estado por el cual ésta es una ley para sí misma, independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer… el principio de la autonomía no es más que elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales…».
>
> Todo ello, implica que ampliar los límites de la autonomía de la voluntad supone apostar por la libertad del hombre para regir su destino, libre de interferencias de terceros, privados o públicos."[28] (Citas omitidas).

[28] Moreno Velasco, *op. cit*., Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales, pág. 26. (Más concretamente, este autor resume así la consagración de la libertad individual como valor fundamental en la normativa española sobre disolución matrimonial:

> "De esta forma, partiendo del valor libertad individual proclamado constitucionalmente, el legislador civil introdujo en el año 1981 la posibilidad de pactar los efectos de la separación, nulidad y divorcio a través del convenio regulador, iniciando un proceso que tiene su corolario con la aprobación de la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, a través de la cual se da un paso de gigante en el reconocimiento de la autonomía privada como forma de autorregulación de los cónyuges de su realidad matrimonial y su crisis. En el año 2005, se da un punto de inflexión sin retorno de los contornos del Derecho de familia que busca, según la propia Exposición de Motivos de la Ley: a) «Ampliar el ámbito de la libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial». b) «Reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge».
>
> Pese a lo dicho no podemos olvidar, como ya hemos apuntado, y afirmó DÍEZ-PICAZO, que «hay un ordenamiento público familiar y lo que corresponde al orden público familiar es indisponible y queda más allá de las posibilidades de actuación de la autonomía privada»." (Citas omitidas) *Íd*. Pág. 30.)

Por tanto, no es posible intentar la demarcación del alcance de la autonomía privada de las personas en el contexto familiar sin confrontar la difícil tarea de potenciar al máximo la libertad individual y que ello no suponga, a su vez, infringir otros valores igualmente fundamentales y por ende también protegidos constitucionalmente. Así, en el contexto específico de la normativa reguladora del matrimonio,[29] la libertad se desdobla como base del derecho del individuo al autogobierno de su persona y de sus bienes al tiempo que se erige como límite en protección del ejercicio de esa misma libertad por parte de la otra persona que conforma la relación matrimonial. De ahí que sea sobradamente difícil precisar los contornos del entre juego que supone la protección constitucional del ejercicio de la autonomía de la voluntad como manifestación del derecho a la libertad y la preservación de otros derechos fundamentales que, vistos desde la perspectiva inter subjetiva, han de funcionar en la relación matrimonial como límites al alcance de esa voluntad libremente manifestada.

Tal dificultad, sin embargo, no ha sido óbice para que la doctrina española se aventure a formular posibles soluciones dirigida a evitar ese choque de valores constitucionalmente protegidos y trate de dar un contenido más concreto a los límites que ha de suponer el ejercicio de la libertad individual, puesta en un contexto que armonice con las garantías constitucionales potencialmente encontradas. El caso más emblemático, al parecer, es el que exige delinear los supuestos en los que el ejercicio de la libertad de pacto entre cónyuges —como manifestación misma de la libertad individual mutuamente convenida— infringe la garantía constitucional de igualdad preceptuada en los artículos 14[30] y 32[31] de la Constitución Española y proyectada en el

[29] Es menester apuntar aquí que el artículo 1323, en cuanto proclama la libertad de contratación entre cónyuges, es el precepto que en el Código Civil articula el derecho a ejercer la libertad mutuamente convenida a través de los acuerdos o pactos que tengan a bien hacer los cónyuges en relación con su vida matrimonial. Nos remitimos entonces al apartado de este trabajo en el que discutimos el referido precepto y su entronque con la libertad individual reconocida constitucionalmente que aquí discutimos.

[30] Constitución de España, Artículo 14.

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

[31] Constitución de España, Artículo 32.

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Derecho privado en los artículos 66[32] y 1328 del Código civil que, tras la reforma de 1981, proclaman y salvaguardan, respectivamente, la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

Ciertamente, el asunto es espinoso puesto que una interpretación miope de la cuestión puede llevar a la conclusión, errada a mi juicio, de que la igualdad de los cónyuges no permite bajo ningún concepto que uno de ellos, por acuerdo mutuo, se sitúe en derechos o deberes desiguales respecto del otro. Dada la trascendental importancia que reviste esta cuestión, se discute por separado la recepción de tal debate en el Código civil por conducto de su artículo 1328.

### 2.2.2 Especial referencia al principio de igualdad de derechos reflejado en el Art. 1328 CC

Se inserta aquí la referencia al principio de igualdad de derechos de los cónyuges ya que, aunque contenido en el Código Civil, está en relación directa y es reflejo del principio de igualdad constitucional. Así, al interpretar lo preceptuado en el artículo 1328 sobre la igualdad de los cónyuges como límite al contenido de los capítulos matrimoniales, LACRUZ afirmaba que la Constitución, en cuanto se refiere al derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica señala un punto de partida que comporta que el marido y la mujer entran en el matrimonio con idénticos derechos y deberes. Sin embargo, el precepto que lo articula en el Código civil da un paso «peligroso» cuando va más allá y da un «salto en el vacío» al declarar nula las estipulaciones que limiten la igualdad de derechos *que corresponda a cada cónyuge*. Y repara: "como si los cónyuges, en cuanto tales, no pudieran autolimitarse, a diferencia de lo que acontece con cualquier ciudadano; y como si la igualdad no fuera necesariamente un concepto transitivo y, por el contrario, cada cónyuge tuviera una

[32] X. O'Callaghan Muñoz, Código civil, comentado y con jurisprudencia, Madrid, Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer), 7ma ed., 2012, pág. 130. (Sobre el texto del referido artículo, que reza *Los cónyuges son iguales en derechos y deberes*, comenta O'Callaghan que si bien se había observado que el artículo podría resultar redundante puesto que hubiera bastado con que la ley diera igual trato al marido y a la mujer, el precepto tiene el valor de contraponer la nueva normativa al régimen jurídico previo en el cual la mujer casada resultaba sometida al hombre «bajo el peso de una tradición de siglos». Y añade que a partir de la reformada regulación la igualdad se vio reflejada en las relaciones personales de los cónyuges por cuanto no hay autoridad marital; en las relaciones patrimoniales en las que ya no predomina el marido en la gestión de los bienes comunes; y en el ámbito de las relaciones paterno filiales a través del principio de patria potestad compartida.)

igualdad suya exclusiva, «la que le corresponda», diferente y autónoma de la igualdad que compete al otro".[33]

Sobre el *íter* legislativo del precepto el aludido autor apunta que la redacción final del artículo 1328 CC se produjo en el Congreso en sustitución de una redacción distinta, –a su juicio más adecuada– que tenía el proyecto del Gobierno y sobre aquella afirma que "recuerda un viejo *calembour*: «estos dos hermanos gemelos son muy parecidos: sobre todo éste». Al respecto explica con claridad:

> "Al parecer, en la redacción del art. 1328 se intentó reproducir en alguna medida el originario art. 1316 (versión anterior a 1975), según el cual no se podía estipular nada «depresivo de la autoridad que respectivamente *corresponda* en la familia a los futuros cónyuges», pero cambiando el concepto retrógrado de *autoridad* por el moderno y progresivo de *igualdad*.
>
> Todavía contribuye a plantear nuevos interrogantes la conservación, en el art. 1328 del subjuntivo *corresponda* que figuraba en el primitivo art. 1316. Pero en éste, aludir a la «autoridad que corresponda» a cada cónyuge apuntaba exactamente, no sólo a una diversidad de potestades que entonces era consecuencia inevitable y rígida de la diferencia de sexos, sino al resultado, además, de una distribución de competencias variable de familia a familia, de modo que en cada una ostentaba marido mujer funciones y facultades distintas.
>
> Ahora, hablar, en el art. 1328, de «la igualdad que corresponda», relativizando más un concepto absoluto, tiene escaso sentido, aunque acaso, y precisamente por ello, coopera a hacer flexible la hermenéutica de un precepto que, en su sentido más radical, puede plantear dificultades prácticas.
>
> Por ejemplo: la interpretación literal entendería que el art. 1328 no permite pactar, en la sociedad de gananciales, que sea uno de los esposos el administrador de los bienes comunes, porque entonces la igualdad de derechos ya no es perfecta. Tal pacto no es contrario a la Constitución, porque en ella la igualdad de facultades entre los cónyuges, que es un *derecho* al tiempo de la boda, puede alterarse voluntariamente por ellos, pero incurriría en la sanción de nulidad del art. 1328 si éste significara que los cónyuges no pueden prevenir para la economía de su matrimonio reglas que amplían los poderes jurídicos de uno de ellos a costa de los del otro. No parece que sea así, ya —aparte las razones y dudas ahora expuestas— porque el arte 1375 Cc. admite expresamente pacto en contrario; ya porque, como dice Ávila, la administración conferida a un solo cónyuge no es sólo un derecho, sino también un deber. [34]

[33] J. Lacruz Berdejo, Elementos del Derecho Civil VI, Familia, 4ta ed., Madrid, Ed. Dykinson, 2010, pág. 140. (Revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA).

[34] *Íd*.

De lo anterior, el autor concluye también que si bien lo preceptuado en el referido art. 1328 impide "*cualquier forma de sumisión personal o delimitación de la propia capacidad"*, no debe entenderse, por ejemplo, que rechaza la entrega a uno de los cónyuges del patrimonio que tienen al contraer matrimonio, sea en administración o en disfrute, y sin perjuicio de la facultad de cada uno para enajenar sus bienes, sujeto a lo previsto en el artículo 634 CC. Con igual precisión afirma que no debe entenderse que el artículo 1328 impide a los cónyuges autolimitar sus facultades cuando en el mismo plan de la economía familiar se parte "*de una desigualdad inicial en las bases*". Y añade:

> "La dificultad no reside aquí, en las atribuciones, sino en las estipulaciones capitulares. En este punto podría entenderse, en un planteamiento más amplio, que si el art. 1328 prohíbe cualquier arreglo de las relaciones económicas en el que un cónyuge aventajado en el reparto de poderes y beneficios respecto del otro, no es compatible con dicho precepto un régimen, como el llamado «régimen dotal», en el cual, según explica la doctrina francesa, la mujer pasa a ser una pensionista del marido (*la femme en pension chez la mari*).
>
> Cabe también un régimen en el que uno de los cónyuges reciba una cantidad inferior de ganancias, y el otro superior, e incluso muy superior, puesto que cabe pactar la separación cuando sólo uno gana, y por tanto va a retener todos los bienes que en el régimen legal serían gananciales. Ha de rechazarse, por tanto, con Quiles Estremera, la opinión de Álvarez-Sala de ser el art. 1404 inderogable por voluntad particular, y lo mismo la norma de igualdad en la gestión: claramente dice, en cuanto a ésta, el art. 1375 que rige «en defecto de pacto en capitulaciones»; y el 1.315 precisa que no se pueden poner al régimen otras limitaciones que «las establecidas en este Código», mientras que el 1.316 añade que la sociedad de gananciales se rige por el Código «en defecto de pacto en capitulaciones». Para el régimen de separación, a su vez, el art. 1438 subraya que sus determinaciones valen «a falta de convenio»; «a falta de acuerdo».[35]

Asimismo, poco tiempo después de estrenada la citada reforma de 1981 que trasladó a la legislación civil el principio de igualdad proclamado en la Constitución, PÉREZ SANZ también puso de manifiesto la necesidad de un ejercicio hermenéutico prolijo de la cuestión, y teorizó sobre cómo ésta habría de entenderse:

> "Una primera interpretación, simplista, supondría entender que implica el reconocimiento al marido y a la mujer de los mismos derechos y los mismos deberes indistintamente, en todos los sectores de la vida familiar, y por ende, que garantiza una auténtica igualdad de derechos patrimoniales entre los cónyuges. Es la tesis que ha mantenido Álvarez

[35] *Íd*. Pág. 141.

> Sala, para quien «lo que el artículo 1328 se limita a prohibir es la norma capitular estatutaria de un régimen económico en el matrimonio que no respete plenamente la igualdad -y pudiéramos decir incluso reciprocidad- de derechos entre los cónyuges». La igualdad «garantiza en un sentido general el derecho de ambos cónyuges a participar igualitariamente en la dirección de la economía familiar».
>
> No parece que sea ésta la interpretación que deba prevalecer. La fórmula utilizada por el artículo 1328 debe ser cuidadosamente analizada, para su recta interpretación."[36]

De ahí que el citado autor defendiera que la igualdad mandatada tanto en la Constitución como en el Derecho privado ha de tratarse de igualdad «ante la Ley». Por lo que ello implica que no tomará partido por ninguno de los cónyuges de modo tal que uno de estos resulte «en relación de preeminencia respecto del otro». En apoyo de su contención se adscribió, primeramente, al planteamiento de LACRUZ, antes discutido, a los fines de la necesidad de entender la idea de igualdad como una transitiva, en referencia necesariamente al otro cónyuge. Pero, además, invocó la Exposición de Motivos del Proyecto del Gobierno en cuanto afirmaba que "la igualdad supone que en el futuro «cada cónyuge gobernará y regirá sus bienes y actividades económicas sin más trabas que la respectiva contribución a las cargas familiares o las derivadas del hecho de no ser suyos, sino comunes, ciertos bienes obtenidos por él, o la eventual obligación de dar cuenta de sus actividades lucrativas al otro cónyuge. De otra parte, en la economía conyugal, y singularmente en la sociedad de gananciales, ninguno de los dos será superior al otro, ni tendrá atribuidas por la ley concretas facultades y privilegios en cuanto varón o mujer»".[37]

Esta certera interpretación asume que el principio de igualdad está proclamado en el ordenamiento vigente como contraposición al de autoridad en el Derecho previo y que si bien su concepción persiguió, particularmente, la eliminación de cualquier idea de supremacía del hombre en la relación matrimonial, no puede significar que exige que los cónyuges necesariamente, tengan que desempeñar roles idénticos en la dinámica matrimonial:

> "Por eso, la propia igualdad postula como complemento necesario la libertad, que permitirá a los cónyuges, en plano de igualdad, distribuir

[36] Pérez Sanz, *op. cit.*, pág. 16. En sentido similar, M. Quilez Estremera, La libertad capitular y los artículos 1328, 1320 y otros del Código Civil, Ed. RCDI, marzo-abril, 1982, pág. 361.

[37] Pérez Sanz, *op. cit.*, pág. 17.

> entre ellos las funciones y facultades que resultan del matrimonio mismo, de la comunidad de vida que implica y de la familia que fundamenta. No se trata de un concepto abstracto y formal, sino relativo; quedando definida la igualdad de una parte por la situación socioeconómica e histórica en que se produce el matrimonio y de otra parte por la propia voluntad de los cónyuges que son libres para estipular la distribución de sus respectivos papeles ponderando así el interés de la familia, que debe presidir sus actuaciones (art. 67). Como dice De los Mozos, la igualdad formal y abstracta lo que verdaderamente quiere y propugna es una igualdad real, igualdad ante los hechos, a la que sólo se llega mediante el reconocimiento de una libertad equivalente y bajo el prisma de la solidaridad entre los cónyuges. Por eso, los cónyuges, en cuanto tales, pueden autolimitarse ya que, como se ha dicho con razón, la igualdad es un derecho, no un deber."[38]

Ante las dificultades de interpretación que suscita la armonización del principio de igualdad de los cónyuges del artículo 1328 CC con el ejercicio de la autonomía de su voluntad a través de la libertad de pactos, RAMS ALBESA va más lejos y propone la derogación del precepto «sin más». Entiende que no añade idea jurídica alguna al "tradicional y literariamente perfecto artículo 1255 CC", amén de que provoca que se confunda cualquier interpretación racional de la igualdad ya que este derecho lo impone la ley a la que el mismo precepto hace referencia, encabezada, como se sabe, por la Constitución, y en este tema, concretamente, por el artículo 32.1. A su juicio, tal confusión desvirtúa el importante principio de libertad de pactos con «*retorcidas interpretaciones sobre la igualdad de los cónyuges*» que conducen "a una idea antidemocrática de la igualdad, por la cual sólo hay igualdad cuando en la convivencia y en los pactos matrimoniales se llega al resultado previsto de antemano como única solución igualitaria".[39]

Puede decirse que esa propuesta radical es el clímax de la crónica de una derogación anunciada, pues él había apuntado mucho tiempo antes, con agudeza, las dificultades que el artículo 1328 CC presenta, por ejemplo, en el contexto concreto de la gestión conjunta en el régimen legal de gananciales. A esos efectos afirmó: "El que la igualdad entre cónyuges requiera una necesaria gestión conjunta o igualitariamente armonizada, dentro de una potencial división del trabajo entre cónyuges, por especialización, de los bienes gananciales o, si se quiere, afirmar que el art. 1328 C.c. (por ser él una norma refleja de una previsión constitucional) impone la interpretación

[38] *Íd*.

[39] Rams Albesa, *op. cit.*, La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales, pág. 77.

restrictiva del inciso primero del art. 1375, conduce, a mi modo de ver la cuestión, a una argumentación peligrosamente mecanicista, y por tanto desconocedora, en el fondo, de una realidad social y jurídica que se impone con la fuerza y la terquedad que es propia de los hechos".[40]

En consecuencia, descarta que el hecho innegable de que en el régimen económico de gananciales coexistan múltiples estructuras familiares que distribuyen de forma desigual las funciones gestoras arroje sobre aquellos visos de ilegalidad o las haga alegales; y mucho menos que haya que tenerlas por inconstitucionales. Sobre este asunto, en el contexto de otros regímenes económicos, cabe también decir que si se presume que la igualdad a la que se refiere el artículo 1328 C.C. es la extensión de la referida en el artículo 32-1.° de la Constitución Española al campo de la economía del matrimonio entonces "o bien nos encontramos en presencia de una declaración superflua por estar ya contenida en la referencia expresa que el precepto hace a la *ley*, o bien, su ámbito trasciende del art. 1375 del propio Código, con lo que todos los regímenes económico-matrimoniales no comunitarios estarían afectados de tacha de inconstitucionalidad, suposición más que improbable".[41]

¿A qué se refiere, entonces, el mandato de igualdad del art. 1328 CC? En opinión de RAMS ALBESA, se trata de una orden dirigida a las partes intervinientes en los capítulos matrimoniales advirtiéndoles sobre la nulidad de aquellas estipulaciones capitulares que afecten la condición de los cónyuges "desigualándolos o coartando su libertad personal o restringiendo los derechos de cada uno de ellos. Lo que es lo mismo, se refiere básicamente el precepto a los pactos familiares de carácter no patrimonial que se pueden y se suelen introducir en los capítulos matrimoniales".[42] Así, considera que el fin del precepto es reiterar que el principio de igualdad entre cónyuges no es materia de la que éstos puedan disponer y que la normativa reguladora de los derechos y deberes conyugales está fuera del alcance del posible contenido del pacto conyugal "formal y solemne". Pero advierte que ello es discutible desde la perspectiva de la técnica legislativa puesto que las normas «de *ius cogens*» en sede matrimonial están señalados por la referencia a la ley del inciso primero del mismo artículo 1328 CC, y apunta que la confusa redacción de su inciso final al referirse a la nulidad de una cláusula *limitativa*

[40] Rams Albesa, *op. cit.,* La Sociedad de Gananciales, pág. 198.
[41] *Íd*. Pág. 199.
[42] *Íd*.

*de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge* da paso a un argumento «inespecífico y generalizante» que solo sirve para someter al control judicial acuerdos matrimoniales concretos y ello, en su opinión, acarrea el riesgo inherente a "la aplicación de un concepto jurídico indeterminado y socialmente movible, cuál es el de la igualdad, en general, y la de entre cónyuges, en particular".[43]

En cuanto a la validez del pacto conyugal mediante el cual se confía la gestión de los bienes gananciales a uno solo de los cónyuges, RAMS ALBESA opina que el enfoque doctrinal que lo admite no puede estar apoyado en la «perspectiva teórica de la dialéctica libertad-igualdad» subyacente en muchas de las reformas del Derecho de familia emprendidas en Occidente en la última mitad del siglo veinte. Considera igualmente que la validez del referido pacto tampoco debe estar vinculada a tendencias "de dudoso corte funcionalista que ven en la paulatina desaparición de la posición jerárquica del marido un inevitable abocamiento hacia la anarquía de la economía familiar (PONSARD), que evidentemente está lejos de producirse. Todo ello por la sencilla razón de que las normas, aun las imperativas, no tienen la virtualidad (creo que afortunadamente para la sociedad) de cambiar por sí ni las actitudes personales, ni los hábitos sociales".[44] Por ello concluye que la determinación de la validez del pacto conyugal que atribuye la gestión de los gananciales a uno solo de los esposos tiene que discutirse desde una análisis sistemático del régimen normativo en su conjunto, de forma que pueda deducirse de la conexión existente entre las normas reguladoras de la libertad del pacto capitular con las del régimen legal de gananciales, tanto las generales como las que regulan su gestión.[45]

---

[43] *Íd*. Pág. 200.

[44] *Íd.*

[45] *Íd*. (En tal sentido, este autor asegura que el inciso primero del artículo 1.375 del Código Civil no solo no supedita la libertad de pacto sobre la gestión de los gananciales a ninguna otra norma, sino que la favorece sin ambages: "Aquí la literalidad del texto resulta mucho más reveladora de lo que se pretende: *la cogestión es la pauta normada de administración y disposición de gananciales*, no sólo como cobertura subsidiaria, en defecto de pacto expreso de gestión unipersonal o especializada, sino también en todos aquellos casos en los que los artículos siguientes no legitiman a un cónyuge para disponer o administrar separadamente del otro." Advierte, además que si la normativa no permitiera la gestión de los gananciales por uno sólo de los esposos entonces no tendría sentido que el Código mismo preceptuara: a) lo que en su artículo 1365-1° cuando hace responder a los bienes gananciales directamente frente al acreedor por las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la gestión o disposición de gananciales que por capítulos (o por ley) le corresponda; b) lo dispuesto en su artículos 1.390-91CC que presuponen actos del cónyuge administrador o disponente de bienes gananciales; o 3) la adopción de una medida extrema como es la disolución judicial de la sociedad ganancial que ampara el artículo 1393-2.°cuando el cónyuge legitimado para actuar solo lo hace mediante gestión fraudulenta, dañosa o comprometedora del patrimonio. *Id*. Pág. 200.)

Otros autores asumen posiciones menos radicales que la del querido profesor RAMS ALBESA (la derogación del artículo 1328 CC). Sobre las bases argumentativas esbozadas por LACRUZ —en particular su reclamo de un ejercicio hermenéutico flexible al analizar la igualdad como límite a la autonomía de la voluntad de los cónyuges— ellos proponen soluciones más conciliadoras. Así, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ plantea que al examinar el alcance del mandato constitucional de igualdad como límite a la autonomía de la voluntad encauzado en sede matrimonial y familiar —primordialmente en los artículos 66 y 1328 CC— debe entenderse que limita de forma particular el contenido de los derechos y los deberes de los cónyuges en el contexto de las relaciones de naturaleza personal-familiar, pero que es difícil de transgredir en el contexto concreto de la economía conyugal, especialmente en los acuerdos sobre gestión y administración del patrimonio. Su afirmación tiene presente que es indudable la importancia de tales preceptos como fundamentos principales, a su vez de las reformas de 1981 y no cuestiona la eficacia del principio de igualdad para erigirse como límite tanto de la ley misma como de las relaciones jurídicas privadas.[46]

En este contexto la autora nos recuerda un punto que ya se atendió en un apartado previo de este trabajo: que en las relaciones jurídicas familiares cabe distinguir entre las relaciones conyugales propiamente y las que se producen entre los padres y los hijos, porque el alcance de la autonomía de la voluntad —y por ende el principio de libertad— se manifiestan de manera distinta en uno u otro contexto. En atención a ello reclama mayor alcance de la autonomía de la voluntad para las relaciones que ligan a los esposos, particularmente en los asuntos patrimoniales. Reconoce que en las relaciones entre padres e hijos los límites son mayores porque entran en juego normas jurídicas protectoras de determinados sujetos en el grupo familiar,[47] asunto sobre el cual parece haber consenso.[48]

En referencia específica al contexto patrimonial conyugal, la citada autora considera que la garantías constitucionales no quedan disminuidas, por ejemplo, por la

[46] De Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pág. 143. La autora reconoce que incluso en el ámbito de los deberes y derechos conyugales estrictamente personales, la doctrina discute la validez de su modificación o modalización a través pactos. En igual sentido, Moreno Velasco, *op. cit.*, Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales, pág. 34 ("*Lo que se prohíben son aquellos pactos que supongan una limitación de la capacidad de cualquiera de los cónyuges o una subordinación personal de uno de ellos a favor de otro*").

[47] *Íd*. Pág. 144.

[48] Véase, entre otros, J. L. De Los Mozos, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales (artículos 1315-1343), Vol. I, Tomo XVIII, pág. 42, 2da ed., Madrid, 1982, (dir. por Albaladejo, M.); Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 557; Moreno Velasco, *op. cit.*, pág. 45.

delegación que haga un cónyuge al otro de la autoridad para gestionar el caudal común o porque acuerden que sólo uno de ellos asumirá las cargas familiares, pues entiende inadecuado el rechazo de tales estipulaciones a base de una relativización excesiva de los límites constitucionales. Con todo, reconoce, con la generalidad de la doctrina, que quedarían oprimidas o suprimidas las protecciones constitucionales en la medida en que el pacto conyugal permita la anulación absoluta de la capacidad de alguno de los cónyuges; el abandono de la obligación de sostener a la prole, el sometimiento de uno de los esposos al dominio del otro o la imposición de limitaciones para salir del domicilio. También rechaza la validez de un acuerdo que impida a un cónyuge disfrutar del nivel de vida que viabilice la fortuna del otro o la renuncia al derecho a recibir información económica.[49] Resulta persuasivo el criterio de esta autora cuando, fundamentada en esas apreciaciones, afirma contundentemente que no quedan conculcados los límites constitucionales "por el hecho de atribuir por pacto la administración de un cónyuge al otro de los bienes comunes, o de los propios del administrado, o por alterar la regla de la proporcionalidad en la contribución al levantamiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes".[50]

Es menester señalar un último punto esbozado por ella en defensa de un amplio margen para el ejercicio de la autonomía privada en materia de pactos conyugales, aun a riesgo de que suene repetitivo, pues parece ser el más contundente de todos los que defiende la doctrina. Se trata del planteamiento sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en la Constitución Española en los términos antes mencionados, que por ser norma de igual rango constitucional atenúa los límites que se esgrimen a favor de restringir la libertad de pactos entre cónyuges, pues se erige como «principio rector» de la conducta de los particulares.[51] La más reciente reforma en materia de matrimonio y divorcio se apunta, reiteradamente, como reflejo de la importancia que el legislador español le ha dado al derecho constitucional, al libre

[49] De Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pág. 145. De hecho, sobre el deber recíproco de divulgación de información financiera esta autora opina que la regulación vigente lo regula erróneamente en cuanto lo ubica en sede del régimen ganancial únicamente. Por ello sostiene que, siendo de tanta trascendencia, debería trasladarse del artículo 1383 del Código civil a las disposiciones generales de aplicación a todos los regímenes económicos matrimoniales, como hace alguna normativa autonómica.

[50] *Íd*. Resulta particularmente interesante su señalamiento a los efectos de que la doctrina se plantea, incluso, la validez de una estipulación a los fines de que el cónyuge que provee los medios económicos para el sostenimiento de la familia sea el gestor exclusivo del caudal común, lo que, a su modo de ver, no presenta problema constitucional alguno.

[51] *Íd*.

desarrollo de la personalidad que, como ella advierte, trasciende las relaciones matrimoniales económicas y alcanza cada vez más el ámbito personal del matrimonio. Es correcta su apreciación de que en la medida en que la protección constitucional de la libertad individual exige que el Derecho reconozca como principio fundamental la facultad de los cónyuges para reclamar unilateralmente la disolución del vínculo matrimonial, es inadecuado plantear que la colisión con otros principios deba restringir el ejercicio de la libertad individual por asuntos de menos consecuencia como son, potencialmente, los aspectos patrimoniales de la relación conyugal.

Para PÉREZ HEREZA, si se parte de un punto de vista *maximalista* habría que considerar el mandato de igualdad conyugal como norma imperativa y con ello descartar la posibilidad de validar pactos matrimoniales en los cuales se contemplen derechos disímiles para uno u otro cónyuge, lo que requeriría que la vía de la revisión judicial estuviera disponible, como ente externo, para que el cónyuge afectado pudiera reclamar la injusticia material de tal pacto y exigir su protección. Por esa razón rechaza esa postura y afirma que el mandato de igualdad no puede entenderse como principio absoluto que anule, en todos los supuestos, el valor superior de la libertad que viabiliza la auto distribución de las facultades y deberes matrimoniales entre los cónyuges. Así, le parece claro que los cónyuges deban poder establecer la eficacia de derechos patrimoniales desiguales entre ellos, pues entiende que defender lo contrario comportaría el rechazo, por ejemplo, de la liquidación de una sociedad conyugal con excesos no compensados, cuya validez entiende no presenta dudas.[52]

Hay que coincidir con MARTÍNEZ ESCRIBANO cuando, en una línea de pensamiento similar, adopta el criterio de LACRUZ de que la propia ley, al permitir que los cónyuges puedan regir su economía matrimonial por una normativa que alberga la desigualdad desde el origen, no puede pretender que los cónyuges estén impedidos de limitarse en sus propias facultades. Para concretizar su posición, y siguiendo en alguna medida la interpretación propuesta por PÉREZ SANZ, antes discutida, propone que el mandato de igualdad preceptuado en el artículo 1328 CC se entienda como un parámetro de paridad en derechos y deberes ante la ley, pero que no necesariamente signifique que los cónyuges tengan que tener igualdad económica. Así, defiende que cada parte podría estar en una situación económica distinta y, por ende, tener distintos

[52] Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 549.

derechos de contenido patrimonial o de valores económicos diferentes, y aun así ambos ser iguales en derechos y obligaciones si se observa desde una perspectiva abstracta. A su modo de ver, la conceptualización de la igualdad procurada en el artículo 1328 CC debe entenderse vinculada a la idea de libertad, "*quizás del mismo modo que en la ideología liberal*", de manera que al partir de la igualdad jurídica reconocida normativamente a los cónyuges éstos tengan la libertad de pactar términos desiguales entre sí y hasta autoimponerse límites.[53]

Todavía en el escenario más específico del cuestionamiento sobre la validez de pactos en relación con la compensación por desequilibrio del artículo 97 CC, lla autora se plantea, por ejemplo, si en el contexto de un pacto en previsión de separación o divorcio sólo cumpliría el mandato de igualdad de derechos de los cónyuges la concesión de la pensión a ambos esposos. En cuanto a un pacto de renuncia anticipada a la compensación, se cuestiona si el mandato de igualdad del art. 1328 CC exigiría que ambos cónyuges renuncien para que pueda ser válido.[54] Sostiene que sería un resultado poco razonable si la interpretación estricta del mandato de igualdad condujera a una prohibición a los cónyuges de autolimitarse mediante acuerdos que los sitúen con derechos y obligaciones distintas. En relación con el pacto de renuncia realizada en capitulaciones matrimoniales, lo que a su juicio en la actualidad es la controversia de mayor interés para la práctica jurídica, propone que no se tenga como contraria al principio de igualdad toda renuncia unilateral a la compensación por desequilibrio puesto que tal derecho sólo es reconocible a aquel de los cónyuges cuya situación económica empeore a consecuencia del divorcio. Por ende, entiende que la renuncia a la compensación por parte del cónyuge que de todas formas no va a tener derecho a ella no tiene trascendencia práctica ni jurídica alguna. De ahí que plantee como ejemplo un caso en el cual la compensación evidentemente correspondería a la esposa porque han acordado mutuamente que ella va a quedarse a cargo de la atención del hogar. Le parece que resultaría superflua la renuncia por parte del esposo y que la ausencia de ésta no debe afectar la validez de la renuncia de la esposa.[55]

---

[53] C. Martínez Escribano, Las Capitulaciones Matrimoniales, en *Tratado de Derecho de la familia*, Vol. III (I), (Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuena Casas, Matilde), Pamplona, Ed. Aranzadi, 2011, pág. 467.

[54] *Íd*. Pág. 465; Véase A.L. Cabezuela Arenas, Pactos preventivos sobre la pensión compensatoria, en *Autonomía privada, familia y herencia en el Siglo XXI, Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, pág. 41.

[55] *Íd*. La autora reconoce que podría resultar más problemático el cuadro fáctico en el que el marido resulte acreedor de la compensación por desequilibrio debido a un cambio de circunstancias aun cuando

En fin, que con sus planteamientos la autora se hace eco de las múltiples voces que discuten las dificultades interpretativas que suscita la referencia del art. 1328 CC a la igualdad como límite a la voluntad capitular. Reconoce que no existe contestación "fácil" extensible generalizadamente a la multiplicidad de supuestos posible. En relación, concretamente, con la reiterada discusión sobre la renuncia a la compensación por desequilibrio, añade:

> "Así, en ocasiones, la renuncia a la compensación formulada por uno sólo de los cónyuges se realiza en el marco de un acuerdo transaccional, quedando contrarrestada con otras ventajas económicas que corrigen un posible atentado a la igualdad de derechos de los esposos. En consecuencia, sólo la valoración conjunta de los aspectos económicos de la crisis matrimonial permitiría resolver en torno a si está renuncia quiebra o no la igualdad de los esposos.
>
> Por lo tanto, más bien debería entenderse, quizá, que en algunos casos la renuncia a la pensión compensación formulada uno sólo de los cónyuges podría suponer una quiebra a esta igualdad y que en otros supuestos no, cuestión que se determinaría de forma casuística."[56]

En síntesis, puede decirse entonces que el mandato de igualdad preceptuado en la normativa codificada no puede ser sino un reflejo del precepto que encarna la misma idea, pero con rango superior, en el texto constitucional. De ahí que haya que rechazar toda interpretación que conduzca a validar el planteamiento de que las diferencias resultantes en los derechos de los cónyuges en virtud del ejercicio de su voluntad

---

solo la esposa la había renunciado. Aunque cree que es poco frecuente que así ocurra, considera que debe resolverse la situación en atención a las circunstancias particulares y que quizá pudiera plantearse que hubo dos tipos de renuncia, una expresa del cónyuge que así lo hizo constar y una, implícita, por parte del otro esposo. De todas formas también es consciente de que podría plantearse que la igualdad mandatada por el artículo 1328 del Código Civil exige que se extienda la renuncia mutuamente ambos cónyuges. *Íd*.

[56] *Íd*. Pág. 466. La citada autora entiende, además, que quizá se deba tener en cuenta la disparidad económica de los cónyuges, porque aunque la ley da por sentada la igualdad de derechos de los cónyuges ello no necesariamente es así, en relación con los derechos patrimoniales, y afirma:

> "Cuando la desigualdad económica se produce de forma espontánea, no parece que se pueda imponer un pacto dirigido a procurar la igualdad en este terreno y, por tanto, habría que interpretar con flexibilidad el art. 1328 CC. Pero quizá el planteamiento debería ser distinto cuando existiendo una igualdad inicial, la desigualdad nace de un pacto entre los cónyuges relativo a sus derechos económicos en la crisis matrimonial. Y en sentido inverso, un pacto aparentemente desigual por reconocer distintos derechos a cada cónyuge puede procurar en realidad la igualdad de derechos de ambos desde una visión más general porque permite corregir o al menos reducir la disparidad de los esposos desde el punto de vista económico. La solución, una vez más, sólo podría determinarse de forma casuística. Además, la igualdad del arte 1328 CC debe poderse conjugar con la libertad de pactos del art. 1255 CC, pues en otro caso podría llevar una auténtica supresión de la autonomía de la voluntad en este contexto, al ser válidos únicamente los pactos que procuren la igualdad de los cónyuges." Martínez Escribano, *op. cit.*, pág. 467.

consensuada atentan contra la igualdad pretendida por el legislador. Por el contrario, la validación de tal argumento debe considerarse excepcionalísima y solo estar disponible para atender las situaciones fácticas más extremas, pues lo contrario resultaría incongruente con la armonía que exige una normativa codificada que debe valorar preferentemente la posibilidad de autorregulación de las relaciones jurídicas matrimoniales porque forma parte de un ordenamiento jurídico que consagra la protección constitucional a la libertad.[57]

### 2.2.3 Otros límites constitucionales

Si bien la igualdad parece ser el valor superior que se erige en el ordenamiento jurídico español como el más discutido límite al derecho de los cónyuges de ejercer su voluntad privada en sede matrimonial y familiar —como manifestación de sus derechos a la libertad y al libre desarrollo de su personalidad—, la dificultosa concreción de su alcance no agota la discusión. Y es que hay otros preceptos constitucionales que igualmente se insertan en el debate sobre cómo armonizar el ejercicio efectivo y real de tales derechos —también de rango constitucional— con otros valores fundamentales potencialmente encontrados. En el contexto concreto del ejercicio de la libertad negocial o contractual por vía de pactos conyugales, se señala reiteradamente que además atañen singularmente los siguientes principios fundamentales cristalizados en la Constitución Española: la protección de la familia preceptuada en el artículo 39.1; la

[57] En este sentido, Martínez Escribano, *op. cit.*, pág. 468, quien plantea que para el contexto específico de la renuncia a la pensión por desequilibrio, debe entenderse que:

> "una renuncia a la compensación sería en principio válida aunque teóricamente pudiera romper la igualdad de derechos de los cónyuges, a menos que con ella se dejara al cónyuge renunciante en una situación de extrema indigencia en caso de divorcio -lo que por otra parte sería contrario al orden público-. En este caso se le estaría privando *de facto*, o al menos se le restringiría notablemente, el derecho a instar la disolución del matrimonio. Y en sentido contrario, una compensación muy elevada debería ser en principio respetada por el juez, aun cuando resulte desproporcionada, a menos que fuera tan extrema que impidiera *de facto* al cónyuge obligado al pago a instar la separación o el divorcio por no poder afrontar el cumplimiento de lo pactado. También podría ocurrir que por haber empeorado su situación económica la compensación que en principio podía entregar resulta ahora muy costosa o de imposible satisfacción -situación que además se podría reconducir al ámbito de la cláusula *rebus sic stantibus*- "

protección integral de los hijos independientemente de su filiación consagrada en el artículo 39.2; y el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3.[58]

Cabe añadir a esa enumeración, como mínimo, la consagración constitucional de la protección de la dignidad de la persona y de los derechos inalienables que le son inherentes, según previsto en el artículo 10.1 que los proclama. Estos pueden tener una trascendental importancia, sobre todo, al examinar la validez de estipulaciones relativas al ámbito puramente personal de los efectos del matrimonio. Queda claro, sin embargo, que además de ser potencialmente limitantes de la autonomía privada de los cónyuges estos otros preceptos constitucionales son, a su vez, susceptibles de ser invocados como el fundamento para reclamar un espectro amplio para la libertad de pactos entre cónyuges, tal como ocurre con los valores constitucionales de libertad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

### A. Protección de la familia

El Capítulo III de la Constitución Española establece los principios rectores de la política social y económica, y comienza con el Artículo 39, que ordena la protección a la familia y a la infancia. En tal canon se establece expresamente la obligación del Estado de garantizar tanto la protección socio-económica y jurídica de la familia, como la protección integral de los hijos en igualdad de circunstancias ante la ley, e independientemente de su estatus filiatorio. Ese artículo, además, da rango constitucional a las obligaciones asistenciales de los padres para con sus hijos —en todos los casos respecto de los menores y en las circunstancias específicamente establecidas en la ley en cuanto a los demás— e incorpora por referencia los derechos de los niños reconocidos por las normas supranacionales.[59]

---

[58] Véase entre otros, Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 554; Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pág. 143; Moreno Velasco, *op. cit.*, pág. 33.

[59] Otros dos asuntos de incuestionable trascendencia jurídica atendidos en este artículo son la investigación de la paternidad y la protección de la madre con independencia de si está casada o no. El texto íntegro del precepto es el siguiente:

> **Artículo. 39. PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y A LA INFANCIA.**
>
> 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
>
> 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

Como se observa, los mandatos y las garantías establecidas en este texto constitucional son de gran calado y atañen a asuntos que, por razones que no necesitan explicación —por obvias— pueden con facilidad estar implicadas en el escenario de los pactos conyugales. De ahí que nadie cuestione que, incluso en abstracto, operan como límites a la autonomía de la voluntad de los cónyuges e incluso alcanzan la discusión sobre el ámbito de libertad de los padres para pactar entre sí asuntos concernientes a sus hijos, con independencia del modelo de familia del que formen parte.

Al abundar sobre las razones por las cuales el texto constitucional español atiende en un artículo específico la protección debida a la familia por los poderes públicos, se afirma que la justificación más prontamente invocada pudiera ser que la Constitución Española sigue algunos textos internacionales cardinales, cuales son la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950); o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); así como algunas constituciones nacionales con proximidad e influencia en el proceso constitucional español, entre los cuales se incluye la portuguesa y la alemana.[60]

Sin embargo, como explica AGUADO RENEDO, con anterioridad a estos textos la Constitución democrática de la República española contenía, ya en 1931, en su artículo 43, un precepto similar que ubicaba a la familia «bajo la salvaguardia especial del Estado». Ello le lleva a colegir que debió haber alguna motivación de rango mayor a la de simplemente homologar algunos textos constitucionales próximos a España. Opina que la explicación de la proyección en la Constitución Española del interés objetivo en la protección a la familia a través de mandatos específicos a los poderes estatales es *la relevancia de ésta para la sociedad* como comunidad política:[61]

> "[…]la familia es definida como «elemento fundamental de la sociedad» (Declaración de Derechos de la ONU, PIDCP, Constitución alemana: los dos primeros añaden también que la familia es elemento «natural» de la misma, concepción que puede no ser baladí); en sentido

---

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

[60] En este sentido, C. Aguado Renedo, Familia, Matrimonio y Constitución Española, en *Derecho de Familia* (coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2012, pág. 77.

[61] *Íd*. Pág. 78.

> similar, el legislador español afirma que es «núcleo fundamental de la sociedad»; en fin, no es infrecuente verla calificada en los escritos como célula social básica. Tal idea no es meramente retórica, sino que obedece a una realidad indefectible, en tanto en cuanto, dejando a salvo anómalas excepciones, el sujeto pertenece necesariamente a una familia (formalizada o no, ello ahora es indiferente) en el instante que nace, pertenencia que comporta derechos y deberes de los que, en principio, no cabe desentenderse. Ello diferencia esta institución de la gran mayoría de las demás instituciones o grupos en que se integra el sujeto, pero que puede desligarse llegado el caso, comenzando por alguna institución tan próxima a la familia que en la mayoría de los casos resulta su fundamento originario, como es el matrimonio: éste es el resultado del ejercicio de un derecho (como literalmente señala el art. 32 CE[…], cuya vertiente negativa consiste en no ser forzado al mismo, algo que no sucede con la familia, que no es resultado del ejercicio de derecho alguno, sino una «asociación forzosa» formada por una comunidad de ascendientes y descendientes en la que, velis nolis, aparece integrado el sujeto cuando ve la luz." (citas omitidas)

Así, fundamentándose en las citadas expresiones, este autor considera que de la realidad de que la familia es una asociación o grupo en el que está integrada la persona independientemente de su voluntad, junto a la idea de que es medular en la sociedad, es dable derivar el interés del poder estatal en la protección de aquélla. A su juicio, ello basta para explicar que la Constitución así lo refleje, por cuanto la organización del poder público es objeto esencial de esa suprema ley, entendiendo éste como "el ejercido en cada momento por quien lo ostente, con su sensibilidad o ideología específica, lo que se traduce en su correspondiente modelo de sociedad". Sin duda, se trata de una certera línea de argumentación en el sentido de que es esa la principal razón, en sus méritos, de la mención específica a la familia en la normativa constitucional española a pesar de ser aquélla una sede «natural» de las relaciones privadas más cercanas al sujeto como persona. Esto no le impide reconocer la existencia de ulteriores explicaciones como puede ser la «reproducción mimética, o casi,» de alguna otra valiosa normativa de «carácter superior».[62]

[62] *Íd*. A este constitucionalista también le resulta fácil constatar el fenómeno de *publificación* que ha experimentado en los últimos tiempos la concepción tradicional de la familia como un espacio reservado a la privacidad de sus componentes, que en su conceptualización pretérita atribuía al «cabeza de familia » la legitimación para tomar las decisiones en relación con los asuntos familiares. Por ende sostiene que ello ha producido un mayor ámbito para el poder estatal a través de la normativa reguladora de múltiples aspectos familiares, entre los que da cuenta de una mayor incidencia de control judicial sobre los efectos de la disolución matrimonial (en materia patrimonial, de obligaciones conyugales recíprocas o respecto de los hijos); la penalización especial de la violencia doméstica; el tratamiento fiscal; y el régimen concursal del deudor casado.

Por supuesto, no debe disgregarse esta discusión hacia el ingente debate sobre cuál es el —o los— modelo de familia conceptualizado en el texto constitucional español que confiere protección; tema que ha consumido mares de tinta y sobre el cuál es innecesario llegar a una conclusión única para efectos del objetivo de este trabajo. Debe entenderse, no obstante, que de acuerdo con la inmensa mayoría de la doctrina, cuando la Constitución española no define la familia, caben dentro de su protección los diferentes tipos de familia que, como tales, pueden considerarse en la actualidad.

Para poder ubicar en la perspectiva correcta la importancia de la protección de la familia como límite a la autonomía de la voluntad privada de los cónyuges se puede prescindir del debate sobre la composición de esa familia, pues esta investigación se circunscribe, por razones estrictamente prácticas y funcionales, a la familia matrimonial.[63] Esto, a su vez, se hace poniendo a un lado la importantísima discusión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo que el Tribunal Constitucional español zanjó acertadamente hace unos años al validar la constitucionalidad del matrimonio igualitario.[64]

Sobre la protección de la familia preceptuada en la Norma Fundamental española también se ha dicho que difiere un tanto de la recogida en otras constituciones europeas porque lo preceptuado a esos fines en el artículo 39 CE es parte de un Derecho constitucional español que marca planos diversos en los niveles de protección. Así,

---

[63] Hace un resumen muy completo de la abundante doctrina española generada por el debate a favor y en contra de la constitucionalidad de la Ley 13/2005, previo a que el TC resolviera en la negativa el recurso de inconstitucionalidad, I. Arana de la Fuente, Concepto y función social del matrimonio, en *Derecho de Familia*, Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters, 2012, pág. 205.

[64] STC 198/2012 de 6 de noviembre. Entre otros, estudia detenidamente esta sentencia G. Cerdeira Bravo de Mansilla, Matrimonio y constitución (Presente y posible futuro), Colección Derecho Español Contemporáneo, Madrid, Ed. REUS, 2013. En particular, discute la idoneidad y los límites de la interpretación sociológica de la Constitución hecha por el Tribunal Constitucional de la Ley 13/2015, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y afirma:

> "Aunque con algún antecedente en alguna Sentencia del propio TC, probablemente la STC 198/2012 represente la primera vez en que más rectamente se haya empleado por este tribunal la denominada interpretación sociológica, evolutiva, o progresiva —según la llamaba Betti (en su *Interpretación de la ley de los actos jurídicos*, trad., Madrid, 1975)—. No es desde luego la primera vez que la usa un órgano judicial. Audaz y vanguardista de entre todas fue la STS de 21 noviembre 1934, de la que fue ponente Castán Tobeñas y en la que, apoyado este en Ruggiero (y, por ende, en *Degni*), acogía, en un momento convulso (en muchos sentidos), aquel posible modo de interpretación de las normas cuando aún era cuestión muy debatida la relativa a su propia admisión." (citas omitidas) *Íd.*, p. 130.

Justo en el día de ayer, viernes 27 de junio de 2015, el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictaminó que la prohibición estatal del matrimonio entre personas del mismo sexo es inconstitucional porque violenta la garantía de igual protección de las leyes de la Constitución federal. Obergefell v. Hodges, 576 US ___ (2015), 135 S. Ct. 2584, 26 de junio de 2015.

ROCA TRÍAS hace una matización particularmente pertinente a la discusión sobre los preceptos constitucionales como límites a la autonomía de la voluntad privada. Afirma que en el plano público todos los poderes estatales deben proteger a la familia según exige el art. 39, aunque el precepto no dice cómo, sí identifica diferentes áreas que desarrolla en otros artículos[65] —*a priori o a posteriori*—; que el alcance del art. 39 debe delimitarse del derecho a contraer matrimonio reconocido en el art. 32 CE porque la protección de aquél se extiende a todo tipo de familias;[66] y que el sistema español de protección a la familia no es exclusivamente público. Sobre esto último apunta que el artículo 39 de la Constitución española consagra un sistema que califica como «mixto»: "En él se distribuyen las funciones entre los poderes públicos y los particulares, porque no se trata de que el Estado actúe cuando los particulares no lo hagan o lo hagan mal, como sucede en el supuesto emblemático de la protección de menores, sino que ambos operan conjuntamente, distribuyéndose áreas de actividad: a los poderes públicos le corresponde establecer el sistema que permita a los ciudadanos gozar de la plenitud de sus derechos y de implementar los derechos sociales, organizando los sistemas de salud, educación, etc. Y a los particulares corresponde prestar determinados servicios asistenciales en el seno del grupo familiar y con la misma finalidad de facilitar el disfrute efectivo de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio de solidaridad y entre ellos se encuentran los alimentos entre parientes, las pensiones y alimentos en los casos de separación y divorcio, etc.".[67]

Es este último aspecto el que guarda relación más directa, potencialmente, con el alcance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, pues no hay duda de que

[65] Roca Trías, *op. cit*., Libertad y Familia, pág. 94. La protección a la familia preceptuada en el Art. 39, nos recuerda esta autora, se relaciona además con los siguientes otros artículos de la Constitución Española: 14 (igualdad ante la Ley); 27 (derecho a la educación); 32 (derecho a contraer matrimonio); 33 (derecho a la propiedad); 41 (derecho a la seguridad social); el 47 (derecho a vivienda digna); el 49 (atención a los disminuidos) y el 50 (suficiencia y bienestar de las personas de la tercera edad).

[66] *Íd.* Pág. 95. La autora afirma que la doctrina del Tribunal Constitucional acoge claramente esa línea interpretativa y que la ha manifestado, entre otras, "en las STC 184/1990, de 15 noviembre y 222/1992, de 11 diciembre. Esta última dice decididamente que "nuestra Constitución no ha identificado a la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia […]". De este modo, el art. 32 CE consagra un derecho fundamental, mientras que el art. 39 CE contiene un principio rector de la política social y económica, que según Díez-Picazo Giménez, "otorga un mayor margen de apreciación al legislador al incidir sobre la institución familiar", porque, "a diferencia del art. 32 CE, la protección constitucional de la familia es aplicable a los casos de divorcio, familia monoparental, etc." Es decir, cuando el matrimonio se ha disuelto o cuando nunca existió."

[67] *Íd*.

entraría en juego, por ejemplo, al examinar la validez de cualquier estipulación capitular que verse sobre la eliminación, limitación o condicionamiento de las obligaciones asistenciales de los cónyuges con los componentes del grupo familiar. Por ello, la referida autora resalta la relevancia de tales obligaciones:

> "Por tanto, en la interpretación del artículo 39 CE, que arbitra el sistema mixto, en el sentido expuesto, no se puede afirmar de modo radical que contenga una jerarquía entre las obligaciones impuestas a los particulares y las impuestas a los poderes públicos. Ni hay tampoco un equilibrio entre ellas, porque las prestaciones de los poderes públicos sólo pueden ser efectivas por medio de los impuestos, con lo que la balanza se va a inclinar cada vez más del lado de los particulares. Éstos, en una situación de ingresos normales, actúan de forma solidaria, en tanto que la contribución a los ingresos del estado así lo es. Pero en situaciones de crisis, ya no se produce esta solidaridad general sino que va a ocasionar una concentración en la propia familia: la solidaridad social no deja de existir, pero las obligaciones propias resultan más exigentes. Las necesidades de la familia quedarán cubiertas en una parte muy importante, por las acciones de sus miembros."[68]

De hecho, el Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia de la norma constitucional de protección a la familia en su STC 185/2012,[69] de 17 octubre, precisamente por voz de la Magistrada doña Encarna Roca Trías, al entender en una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 92.8 del Código civil, según enmendado por la Ley 15/2005, que supedita la adopción de un régimen de guardia y custodia compartida en los procesos de separación y divorcio en los que no medie acuerdo entre los padres, al informe favorable del Ministerio Fiscal. Si bien el fallo, en su fundamento décimo, declara la inconstitucionalidad del inciso «favorable» contenido en el citado precepto, por ser contrario a los artículos 117.3 CE (potestad jurisdiccional exclusiva de juzgados y tribunales) y 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de obtener un pronunciamiento de fondo), la Sentencia, por voz de la Magistrada ponente, se expresa también en torno al artículo 39 de la Constitución Española:

> "Conviene poner de manifiesto, antes de entrar de lleno en el análisis de la constitucionalidad del art. 92.8 del Código civil, una idea íntimamente ligada a la anterior que se refiere a la existencia de un interés público evidente en la protección de la familia. Recordemos que el art. 39 CE establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección

[68] *Íd*. Pág. 99.

[69] STC de 17 de octubre, (RJ 2012/185).

social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos.

La discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos, destacada ya por la legislación precedente, cobra todavía mayor relevancia en el texto legislativo actual. Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana los elementos de *ius cogens* que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2), reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39. 2 CE sanciona la protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos.

Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aún siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (STC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ7). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con este principio, el art. 92 CC regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios: a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos y b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del Juez sobre su guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos." (Fundamento 4º)

Luego de estas expresiones, en la Sentencia se analizan las normas introducidas por la reforma de la separación y el divorcio del año 2005, en el contexto específico del rol del Ministerio Fiscal en la determinación judicial sobre guarda y custodia de un menor. De ello concluye que el papel de éste es la valoración de la circunstancias concretas a la luz de la conveniencia para el menor de una u otra forma de guarda y el Juez, de otra parte, está facultado tanto para acordar la medida consensuada como para denegarla aun cuando el representante del Ministerio Público la haya desfavorecido si, a la luz de la evaluación en conjunto de la prueba ante su consideración, determinó que puede resultar perjudicial para el menor. En ese contexto, la ponente explica cómo opera la norma del artículo 92(8) CC y, luego de afirmar que se trata de una norma de

naturaleza excepcional, por cuanto los requisitos introducidos por el legislador en el año 2005 a la normativa de custodia compartida descansan en el principio general existencia de acuerdo entre los progenitores, en cuanto al límite de la voluntad de los padres expresa lo siguiente:

> "Con la introducción de estos requisitos se establecen concretas garantías, que aseguran que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, es el de la prevalencia del interés del menor. Y siendo ello así, parece razonable que la exigencia de un informe del Ministerio Fiscal adquiera una verdadera dimensión protectora de los intereses de los menores dada su condición de defensor legal de los mismos (arts. 124 CE y 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Ahora bien, adviértase que la efectividad de dicho dictamen se sitúa en un momento anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional y sólo dándose las garantías establecidas en la norma, el Juez mantiene sus opciones de decisión. Quiere ello decir que únicamente en el caso de que el dictamen de la fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. *Sensu contrario*, tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla.
>
> Y es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 24, 39 y 117 CE). Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada." (Fundamento 5º)

En fin, que parece haber consenso en cuanto a que el ordenamiento jurídico español, en palabras de PÉREZ HEREZA, *no abandona completamente la idea de una tutela pública de la familia y por tanto una concepción institucional de la familia* y, en consecuencia, reconoce la existencia de un interés familiar que puede trascender tanto el interés individual como el conjunto de los intereses individuales de cada persona en la familia. De ahí que pueda afirmarse que si bien la normativa española encumbra el interés del individuo al consagrarlo en el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, puede hacer prevalecer el interés de la familia como grupo aunque sea, necesariamente, limitando en alguna medida aquéllos.[70] Así lo resume PARRA LUCÁN:

[70] Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 554.

> "En definitiva, el respaldo jurídico a los deberes éticos de solidaridad que derivan de las relaciones familiares (de los diferentes modelos admitidos) encuentra su fundamento en los principios y valores constitucionales y también en el mandato que tiene legislador en el art. 39 de la Constitución de proteger a la familia. … [E]n la regulación legal, la idea de la familia (al menos de la basada en el matrimonio) y de la protección de sus intereses enlaza con una concepción del Derecho de Familia en la que priman los intereses de la familia sobre los de cada individuo (lo que, por ejemplo, obliga a actuar en interés de la familia: art. 67 CC). Se trata de un criterio mencionado puntualmente para la toma de decisiones en caso de conflictos (art. 103 CC). Lo que sucede es que, en casos de crisis, los intereses de los miembros de la familia pueden encontrarse enfrentados y no se trata de proteger a la familia frente actuaciones o injerencias externas, sino de escoger entre los intereses de sus miembros para proteger al más necesitado de protección (art. 103 CC, para la adjudicación del uso de la vivienda)."[71]

### B. Protección de los hijos

Como se aprecia, esta discusión sobre la protección constitucional a la familia también tiene tangencia con la protección integral de los hijos, independientemente de su filiación, consagrada igualmente en el artículo 39 CE, en su inciso segundo, y que sin duda se erige como límite a la autonomía de la voluntad individual de los cónyuges. De ahí que reiteradamente la doctrina reconozca que, tanto por virtud del mandato constitucional como por los límites impuestos por la ley en determinados contextos normativos específicos, la formalización de acuerdos conyugales para regular asuntos relativos a sus hijos no escapa del control judicial, como brazo estatal que ha de hacer cumplir la obligación debida por los poderes públicos.[72]

No obstante, también está arraigada la idea de que ciertos derechos fundamentales y libertades personales de los padres pueden exigir que el Estado respete las decisiones de estos referentes a sus hijos, por lo que la intervención estatal ha de limitarse a aquellas determinaciones de los padres que resulten lesivas a los intereses de

[71] Parra Lucán, *op. cit.*, pág. 113.

[72] Valga recordar aquí que la referida obligación también viene apoyada en el marco de la normativa supranacional, cual es el caso de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño (1924); la Declaración de la ONU sobre los Derechos del Niño (1959); la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (1989), entre otros referentes del Derecho Internacional.

los menores.[73] Y si bien la intervención estatal ha de darse en atención a los méritos del contexto particular de cada caso, no hay necesariamente una demarcación diáfana de cuáles son los límites infranqueables por la voluntad de los padres. Así lo pone de manifiesto una afirmación representativa de la posición doctrinal mayoritaria: "la proclamación del interés superior del menor tiene una consecuencia directa en la eficacia de la autonomía de la voluntad: la de que todos los acuerdos que puedan adoptarse son susceptibles de revisión judicial para dejar a salvo el interés del menor. Pero al mismo tiempo es importante destacar que eso no significa que se excluya la autonomía de la voluntad. Por el contrario, los legisladores entienden, y es razonable que sea así, que el ejercicio responsable de los deberes de guarda incluye la conveniencia para el menor de un acuerdo de sus padres, que se tiene en cuenta de manera prioritaria para adoptar las medidas sobre los menores….".[74]

Así, puede considerarse que el interés del menor no se concibe como fórmula rígida o absoluta que impida el ejercicio de los padres de su autonomía privada para dar determinado contenido a sus deberes de padres sino que, por el contrario, puede ser herramienta esencial en la consecución de la obligación estatal de garantizar la protección de los hijos, por cuanto la eficacia de lo acordado por los padres ha de suponer que éstos lo hacen en cumplimiento adecuado de sus obligaciones.[75] No debe desconocerse que de la doctrina jurisprudencial interpretativa del interés del menor puede advertirse cierta suspicacia hacia los padres, lo que ha llevado a afirmar que en una medida significativa "el Derecho de familia tiende a convertirse en un Derecho de los menores".[76] Sin embargo, no por ello es razonable presumir que el contenido posible de los acuerdos conyugales en relación con el cumplimiento de las funciones parentales

[73] En ese sentido, entre otros, Moreno Velasco, *op. cit*., Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales, pág. 34.

[74] Parra Lucán, *op. cit.*, pág. 426.

[75] El tema del interés del menor lo estudia detenidamente F. Rivero Hernández, El Interés del Menor, Madrid, Ed. Dykinson, 2007.

[76] Parra Lucán, *op. cit.*, pág. 365. Esta autora resalta la dificultad de atribuirle una definición a un concepto jurídico indeterminado como "interés superior del menor", lo que reconduce a su concreción en cada caso particular de modo tal que su aplicación contribuya de forma determinante a la solución judicial de múltiples conflictos familiares: "Es el criterio concluyente, por ejemplo, para decidir si se adopta o no la custodia compartida (sentencias de 7, 21 y 22 de julio, de 3 y 5 de octubre de 2011), para atribuir el uso de la vivienda familiar, tanto en las crisis matrimoniales como en la crisis de pareja no casada (sentencias de 1 y de 14 de abril, de 21 de junio, de 30 de septiembre, de 10 de octubre de 2011) y para imponer, contra la voluntad de los padres, derechos de visita favor de otras personas (la ex pareja de la madre lesbiana, la abuela con la que el padre del niño no se habla, sentencias de 12 de mayo de 2011, de 20 de octubre de 2011)." *Íd.*

debe quedar necesariamente fuera del alcance de la voluntad privada —ni siquiera en el caso de los acuerdos en previsión de ruptura— como tampoco que precise de aprobación judicial *a priori*.[77] Más bien, la ineficacia de tales pactos debe estar limitada a situaciones en las que sus efectos no aseguren el mínimo de la protección de los intereses tutelados por el poder público en los asuntos de los menores, de modo que se validen como vinculantes aquellos que cumplen o exceden en beneficio para los hijos en cuestión.

### C. Seguridad jurídica

Finalmente, entre las normas constitucionales que interactúan como límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes de pactos conyugales también se cuenta el principio de seguridad jurídica, previsto en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Si bien el precepto no recibe tanta prominencia como otros límites a la voluntad de los cónyuges entre la doctrina acuñada sobre la cuestión, es indudablemente un principio de trascendental preocupación, sobre todo, desde la perspectiva de los operadores jurídicos del flanco notarial y registral.[78] Y es razonable que así sea porque no se duda que los efectos de la constitución, en sí, del matrimonio —siendo el primero la alteración de un componente del estado civil con contenido predispuesto, que ya es mucho— no se limitan a los contrayentes, sino que pueden irradiar hacia terceras partes. Esto es así aún si el análisis se limitara al hecho único de la celebración del matrimonio; pero el potencial de alcanzar a terceros con sus efectos se magnifica ante un movimiento al campo de los pactos matrimoniales, y todavía mucho más en lo que a su contenido patrimonial respecta, lo que no impide aseverar que la preocupación sobre el impacto de cualquier negocio jurídico de familia respecto de terceros justifica que el conjunto normativo dispense cuidadosa atención a este particular.

Tal es el caso del ordenamiento jurídico español pues la propia Norma Fundamental refleja la importancia que reviste el principio de seguridad jurídica al

[77] En igual sentido, entre otros, Moreno Velasco, *op. cit.*, Autonomía de la voluntad, págs. 82 y 91. Se muestra en contra, Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 554.

[78] Así, Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 555; Paz Ares, *op. cit.*, pág. 122; J. Gallego Vega, Autonomía de la voluntad frente a seguridad jurídica, en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI, cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, pág. 84.

recibir rango constitucional. Ello bastaría para apuntar que aún referidos únicamente a la disciplina normativa básica del régimen económico matrimonial, la trascendencia de la necesidad de proteger la seguridad jurídica no es subestimable, idea ésta reforzada si se tiene en cuenta que en la normativa codificada los principios de protección de terceros son Derecho imperativos, como se discutió en este trabajo al abordar algunas de las Disposiciones Generales que constituyen el llamado *régimen primario* de la economía matrimonial.

En el ámbito contractual general ocurre igual fenómeno, pues la normativa española tiene que armonizar la posibilidad de autorregulación de las relaciones jurídicas particulares exigida por el principio de autonomía de la voluntad —corolario en materia contractual de la protección constitucional a la libertad civil— con la protección de los intereses de terceros cuyos derechos han de quedar salvaguardados también. Se trata entonces de que la elaboración y la aplicación de las normas son esenciales para cumplir la garantía constitucional de seguridad jurídica, lo que a juicio de GALLEGO VEGA exige, entre otras cosas, el apego a la especificidad normativa:

> "La seguridad jurídica, reposa, en parte, en la tipicidad de las instituciones jurídicas, de manera que su regulación unívoca y preestablecida, permite a los miembros de la sociedad, conocer indubitablemente las consecuencias de sus actos jurídicos, así como las consecuencias de los actos jurídicos, de aquellas otras personas con las que se relacionan, de ahí la imposibilidad de acomodar la regulación de estas instituciones, a situaciones que no entran propiamente dentro del supuesto de hecho de la norma reguladora; en otras palabras, la acomodación de una norma contractual, a una concreta relación contractual entre los contratantes, no afecta a la seguridad jurídica, pero la acomodación de la normativa que regula una institución (régimen económico matrimonial primario), a una situación no prevista por dicha norma, sí afecta a la seguridad jurídica."[79]

Es en este contexto que a este autor le preocupa la trasposición de la autonomía de la voluntad, del ámbito contractual-obligacional a ramas como el derecho inmobiliario o hipotecario, o la normativa familiar o matrimonial. Entiende que para esos ámbitos la libertad de contratación no es tan clara "por cuanto el régimen y titularidad de los bienes inmuebles, es una materia que afecta al crédito territorial, por un lado, y a las relaciones con terceros, por otro lado, y en materia de orden y prelación

[79] Gallego Vega, *op. cit.*, pág. 84.

de créditos y de derecho de familia, las normas suelen ser imperativas, dado el interés público que afecta a estas ramas del derecho".[80]

Esta perspectiva es parcialmente aceptable porque es muy meritorio el interés del Estado en tutelar la seguridad jurídica, en cuanto redunda, ciertamente, en la protección ciudadana, pues esos terceros no son sólo extraños acreedores como comúnmente se les quiere demonizar, sino potencialmente todos los ciudadanos que participan en el tráfico jurídico. Con todo, no persuade la idea de que garantizar la seguridad jurídica requiera petrificarnos a la idea de la tipicidad normativa porque, como se apuntó en el capítulo previo, no es inusual que la realidad social vaya por delante de la función legislativa; más bien, como cuestión de hecho, y aunque pueda lucir paradójico, muchas veces eso es lo que finalmente empuja al perezoso legislador y provoca que la realidad jurídica se conjugue con el contexto circunstancial de la sociedad.

Por ende, cabe defender la búsqueda de un acomodo para atender jurídicamente las situaciones que pueden suscitarse en el ámbito razonable de la disciplina normativa de una materia, aun cuando la cuestión concreta que se plantea no esté atendida expresamente en los preceptos pertinentes de aquélla; siempre y cuando, claro está, tal proceder mantenga la armonía del ordenamiento jurídico en su conjunto. [81] Esta idea se retoma en el próximo capítulo de este trabajo al discutir la aceptación del pacto en previsión de ruptura matrimonial como contenido posible de las capitulaciones matrimoniales.

Debe advertirse, sin embargo, que el citado autor hizo las referidas expresiones en el contexto específico atendido en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de febrero de 2013,[82] que contempló el supuesto en el que dos convivientes solteros, integrantes de una pareja de hecho, aportaron una finca adquirida por mitades indivisas a una sociedad de gananciales pactada entre ellos mediante escritura pública. Así, defendió su apoyo a la descalificación —confirmada por la Dirección General— que hiciera el correspondiente registrador de la propiedad

[80] *Íd*.

[81] Como apunta A. Román García, Eficacia de los regímenes económico matrimoniales: tipicidad y atipicidad en el establecimiento de los pactos, en *Estudios de derecho de obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, 2006, págs. 681, 685 la seguridad jurídica en el ordenamiento español viene también apuntalada por un régimen estricto de publicidad registral que protege el interés general en el tráfico económico así como los derechos de los terceros que contratan con los cónyuges.

[82] (RDGRN 4/2013, de 7 de febrero)

ante la solicitud de inscripción, con atribución de carácter ganancial y subrogación de hipoteca, de la finca antes adquirida por la conviviente soltera con carácter privativo. Luego de una fundamentada discusión sobre los méritos de su opinión, que no se detallan aquí solo para no desviar la atención del tema principal de esta Tesis, que ciertamente revisten igual importancia, resume el fundamento principal de lo que aquí concierne en cuanto al principio de seguridad jurídica:

> "Es posible elegir la forma de actuar en el tráfico jurídico, así cabe intervenir como persona individual, como integrante de una comunidad, a través de una persona jurídica, etcétera, y en cada una uno de esos casos existe una normativa que regula los actos de administración, los de disposición y la responsabilidad patrimonial por tales actos, todo ello en beneficio de la seguridad jurídica es decir, en beneficio de un tráfico sin dudas o incertidumbres, que desemboquen en conflictos. Indudablemente, va en contra de la seguridad jurídica, intervenir en el tráfico en un concepto -soltero-, y pretender que se apliquen, en todo o en parte, las normas jurídicas que regulan un concepto o modo de intervenir distinto –casado en gananciales-. No se trata de proteger la autonomía de la voluntad, sino de defender la pretensión de obtener las ventajas de un régimen que no corresponde al actuante, en perjuicio de potenciales terceros y de sus legítimos intereses."[83]

En fin, no hay duda de que esta preciosa discusión sobre el alcance de las normas constitucionales como límites a la autonomía de la voluntad en sede familiar y matrimonial —por mucho que apasionen a todos los juristas, sobre todo a los constitucionalistas—, es de una profundidad y trascendencia tal que hace que la prolija indagación que amerita trascienda el horizonte razonable de este trabajo. Por ello, somos conscientes de que la síntesis aquí planteada no agota todas las importantes cuestiones que este amplísimo tema puede suscitar.[84]

---

[83] *Íd*. Pág. 87.

[84] En este sentido se ha puesto de manifiesto que en el caso particular de la garantía constitucional de protección a la familia, si bien el artículo 39 de la Constitución Española es el que se dedica «monográficamente» a ello:

> "[L]uego existen otros preceptos que, con motivo de su concreto objeto de regulación, aluden a ella directa o indirectamente: por su orden de aparición en el texto constitucional, éste garantiza la intimidad familiar en el artículo art. 8.1, encomienda a los poderes públicos la garantía del derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones en el art. 27.3 y prevé el derecho de los españoles a una remuneración suficiente derivada del trabajo para satisfacer las necesidades familiares en el art. 35.1; además, atribuye al Estado como competencia exclusiva la legislación civil, sin perjuicio de los derechos civiles forales y especiales así como la regulación de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio (art. 149.1.8ª) y, en fin, aunque no aludan a la

### 2.3 Límites derivados de otras leyes

Subordinados a la Constitución como ley suprema, existen otros límites de ley a la autonomía de la voluntad de los cónyuges al regular mediante pactos sus relaciones familiares.[85] En ese contexto es útil seguir a GONZÁLEZ DEL POZO para subsumir los múltiples límites resultantes de la ley en las cuatro divisiones que él presenta —aunque no se esté totalmente de acuerdo con algunas de su matizaciones— además del ya referido conjunto de límites constitucionales, a saber: (1) la de los límites derivados de la configuración legal del matrimonio como «*institución*», para englobar aquellos aspectos regulados imperativamente (*v.g*. deberes conyugales; régimen primario; causas de separación o divorcio); (2) la de los límites generales impuestos a la autonomía de la voluntad contractual por el artículo 1255 CC: la ley, la moral y el orden público; (3) la de los límites emanados de normas imperativas aplicables a determinadas materias en las que ciertos asuntos quedan fuera de la libre voluntad de las partes (*v.g*. irrenunciabilidad de la patria potestad y del derecho de alimentos); y (4) la que incluye a los límites específicos del contenido mínimo del convenio regulador según previsto en el artículo 90 del Código Civil: daño a los hijos o grave perjuicio a uno de los cónyuges, conjuntamente con los previstos por el artículo 1328 del Código Civil al referirse a la ley, a las buenas costumbres y a la igualdad de los cónyuges.[86]

Vale reiterar en este punto lo señalado al hacer el planteamiento general de este capítulo, en el sentido de que en este trabajo no se pretende agotar la discusión sobre el

---

> familia, ésta tiene una evidente relación con el contenido de algún otro precepto constitucional:… [c]on el art. 32 referido al matrimonio, o también algún otro como el art. 47, pues, paralelamente a lo dispuesto en el citado art. 35.1 en relación con la distinción entre el derecho a una remuneración suficiente para el propio sujeto y para su familia, seguramente el "derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" al que se refiere dicho precepto -de tener alguna proyección sustantiva- no debiera entenderse igual para un único sujeto que para una familia amplia." Aguado Renedo, *op. cit.*, pág. 80.

[85] Así lo puntualiza López Aguilar: "[l]a ley referenciada en el Código Civil como primera y primordial entre las *fuentes* del Derecho (junto a la costumbre y los principios generales del Derecho), ha de entenderse ahora subordinada a la Constitución y a su *superioridad formal* desde el punto de vista jerárquico, y sometida a la Constitución desde el punto de vista material, vista la *supremacía material* de la Constitución. Porque sin sujeción a la Constitución ninguna norma es válida en el ordenamiento: la Constitución, no se olvide, tiene fuerza de obligar y vincula a los poderes públicos y a los ciudadanos (art. 9.1 CE)" (citas omitidas). J. López Aguilar, Autonomía de la voluntad, poder público y orden constitucional, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*, (Coord. Lorenzo Pratts Albentosa) Vol. I, Wolters Kluwer, España, 2012, pág. 10.

[86] J. P. González del Pozo, Acuerdos y Contratos Prematrimoniales (I) en *BDF, número 81*, julio 2008, pág. 13. Este esquema también lo sigue, en gran medida, Moreno Velasco, *op. cit.*, pág. 43.

alcance la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, ni siquiera limitado a los escenarios posibles en el ámbito de la relación matrimonial. El objetivo, mucho más modesto, es extrapolar los fundamentos trazados en la discusión de las cuestiones más importantes sobre el tema a lo que se trata más concretamente en este trabajo, léase el pacto conyugal como sede admisible de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. Por tanto, para poner cierre a este apartado y mantener una extensión razonable, basta repasar algunos lineamientos generales sobre las cuestiones más fundamentales que plantean los límites de la ley, en su conjunto, a la autonomía de la voluntad de los otorgantes.

Primeramente, por razones más bien prácticas se comienza por el final para abordar la última clase de límites apuntada, la que conjuga: (a) los límites al convenio regulador en prevención de grave daño a los hijos o grave perjuicio a alguno de los cónyuges, con (b) la remisión del artículo 1328 CC a la ley, a las buenas costumbres y a la igualdad de los cónyuges. Sobre este último componente, y más específicamente, sobre la referencia del precepto a la igualdad de los cónyuges y su significado, cabe la remisión a la extensa discusión expuesta sobre la cuestión en este trabajo, en el apartado dedicado a la proyección del precepto constitucional de igualdad como límite a la autonomía de la voluntad. Se hizo así por entender que el mandato de igualdad referido en el precepto no es sino la transposición a sede capitular del muy valorado principio constitucional de igualdad. Debe recordarse que la discusión allí reseñada da cuenta de los múltiples matices y divergentes interpretaciones que le son dables a la —incluso cuestionada— intención legislativa de plasmar el canon de igualdad en sede de capítulos matrimoniales, aun a riesgo de que se pudiera entender que huelga por reiterativo, como han apuntado algunos autores. De modo que se incorpora aquí, por referencia, lo que allí se discutió para no pecar de la misma redundancia del legislador, sin dejar de hacer constar la importancia del referido debate sobre la incidencia del mandato de igualdad conyugal en la determinación del alcance permisible a la autonomía de la voluntad en el otorgamiento de pactos conyugales.

Sobre el otro componente de la referida cuarta clasificación de límites, se acoge la aplicación análoga de los límites del convenio regulador en cuanto impiden la validación judicial de acuerdos entre los padres sobre asuntos relacionados a sus hijos cuando son lesivos a sus mejores intereses. No hace falta abundar sobre los fundamentos en los que descansa esa postura que, genéricamente hablando, nadie

parece cuestionar. Ahora bien, como se planteó al discutir el mandato constitucional de protección de los hijos, no es ineludible entender que el cumplimiento de tales preceptos excluye absoluta y obligatoriamente la posibilidad de invalidar, como primera opción, los acuerdos a los que hayan llegado los cónyuges en relación con las funciones relacionadas al ejercicio de las importantísimas obligaciones-derechos dimanantes de la patria potestad, tanto para que sean efectivos durante la convivencia matrimonial como para cuando esta se altere por el surgimiento de una crisis que ponga fin al matrimonio. Así que, también en este asunto, cabe una remisión a las consideraciones discutidas anteriormente sobre la cuestión. Con todo, no se desconoce que lo preceptuado en el artículo 90 CC está articulado en un entramado normativo muy concreto, cuál es el de los asuntos que deben acordar los cónyuges en el contexto de una crisis matrimonial ya surgida. Al menos para propósitos de la cuestión concreta que ahora se discute, el momento cuando los cónyuges llegan al referido acuerdo sobre los hijos no es determinante en los méritos del interés tutelado por el Estado al negar validez judicial a los acuerdos de los padres que contraríen el mejor interés de los hijos, pues no puede ser distinto una vez surgida la crisis matrimonial que en un momento anterior en el que sólo se planteaba ese asunto en previsión de una crisis matrimonial. Es decir, si es incuestionable que la legitimación del Estado para intervenir en el ámbito de la voluntad privada de los padres es excepcional porque solo procede si es necesario para proteger el mejor interés de los hijos, no parece razonable que ello deba hacerse depender de si esa voluntad acordada surge antes o después del comienzo de la crisis. Más bien, por el contrario, si pueden los padres válidamente, a la luz de la normativa vigente, estipular lo que tengan a bien sobre el cuidado de los hijos sujetos a su patria potestad y el ejercicio de otras funciones inherentes a ésta, con mucho más justificación debería permitirse que puedan intentar lograr acuerdos consensuados antes de encontrarse inmersos en el potencialmente difícil escenario de la crisis matrimonial.[87] De modo que, sin olvidar las diferencias entre el convenio regulador y otros tipos de pactos conyugales, se puede afirmar, como propone PARRA LUCÁN, que la admisión expresa en la normativa

[87] En sentido similar, entre otros, Moreno Velasco, *op. cit*., Autonomía de la Voluntad, pág. 45; Martínez Escribano concurre con ese criterio, pero matiza su apoyo a que los cónyuges puedan adoptar acuerdos sobre los hijos al afirmar que no debe atribuírsele la misma fuerza vinculante de otros contratos a un acuerdo prematrimonial sobre tales cuestiones. Sobre este asunto matiza: "Más bien, podría entenderse con un valor similar al de un precontrato, cuya eficacia vinculante para las partes sólo nacerá si en el momento en que procediera su aplicación siguiera siendo querido por los cónyuges". C. Martínez Escribano, Pactos Prematrimoniales, Madrid, Editorial Tecnos, 2011, pág. 114.

legislativa de los acuerdos entre los padres sobre la guarda y custodia de los hijos menores con ocasión de la crisis matrimonial provocó que se reclamara su validez en otros escenarios. Ello, a su vez, propició que la doctrina limitara precavidamente su validez a situaciones de no convivencia entre los padres; siempre sujetos a la revocación unilateral de modo que no contrariaran la naturaleza irrenunciable de las funciones parentales y sometidos a la posibilidad de revisión en el cauce judicial. Así, la autora concluye que tales ideas inspiraron la normativa vigente sobre custodia compartida en cuanto sitúa a los padres como los sujetos que se encuentran en condiciones óptimas para decidir de manera consensuada lo que crean más conveniente para sus hijos; idea que, como se defendió anteriormente, es perfectamente extrapolable a las situaciones de convivencia matrimonial, digamos, pacífica: "Sin duda con reducida frecuencia, pero no debe descartarse que los padres que viven juntos puedan adoptar acuerdos sobre los hijos para evitar discrepancias y suavizar los conflictos…".[88]

Sobre el pacto concerniente al ejercicio de la patria potestad, otra autora afirma, aunque también en el contexto de lo previsto en la normativa sobre contenido mínimo del convenio regulador, que si bien usualmente consiste en un acuerdo para ejercer conjuntamente la patria potestad, éste también debe servir para fijar pautas que acuerdan seguir en asuntos más específicos, como la obligación de informarse mutuamente sobre los asuntos más relevantes de la vida del menor, así como el derecho-deber de decidir conjuntamente las cuestiones más relevantes a la crianza efectiva del hijo. Queda claro, además, como confirma esa autora, que resultan fuera del alcance de la autonomía de la voluntad de los padres aquellas estipulaciones que pretendan desplazar la titularidad y el ejercicio de las funciones de la patria potestad, así como las que pretendan excluir o limitar el derecho a mantener relaciones paterno filiales.[89]

---

[88] …"sobre todo cuando se trate de parejas de diferentes culturas o religiones (tipo de educación, que no podrá eludir la escolarización obligatoria, conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre; educación religiosa o no y de qué tipo, por ejemplo)." M. A. Parra Lucán, *op. cit*., pág. 379.

[89] Cristina Guilarte Martín-Calero, en Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio, Editorial Lex Nova, Madrid, 2005 (Dir. Vicente Guilarte Gutiérrez) pág. 107. Paz Ares, *op. cit.,* Previsiones Capitulares, pág. 144, matiza su postura al afirmar que, si bien en materia de guarda, custodia y alimentos de los hijos los cónyuges pueden acordar su voluntad en el convenio regulador aun cuando no son de libre disposición, en el campo de las previsiones capitulares es más difícil aceptar tales acuerdos, aunque atisba un campo mínimo de margen para que la voluntad de los cónyuges tenga alguna eficacia. En ese sentido entiende que caben, por ejemplo, los pactos sobre: la delegación del ejercicio de la autoridad parental al otro padre; el sistema educativo en el que habrán de educarse los hijos; o sobre las creencias religiosas en las que les formarán. Reconoce que surgida la crisis matrimonial

Resta apuntar en cuanto a los límites del art. 90 CC al convenio regulador, cuya vigencia viene aplicándose por analogía a los pactos conyugales,[90] que si bien esta normativa, además de permitir la invalidación judicial de acuerdos que resulten lesivos a los intereses de los hijos, permite a los jueces rechazar también estipulaciones cuyo contenido perjudique «gravemente» a uno de los cónyuges, no es usual que los tribunales ejerzan esta facultad. Ello ha llevado a que se afirme que "frecuentemente se argumenta en el sentido de que, a pesar del tenor literal de la norma, el juez sólo debe verificar que el acuerdo no perjudica el interés de los hijos menores".[91] La citada autora advierte, sin embargo, que ese tipo de señalamientos se hace usualmente en el contexto de un planteamiento en defensa de la validez de un acuerdo no homologado judicialmente, que precisamente no se sometió porque se anticipaba que no hubiera podido ser objeto de oposición judicial por no afectar a menores; y no tanto para impugnar la competencia judicial en un caso particular en el que el juez denegaría la aprobación de un acuerdo entre los padres.

### 2.3.1 La ley y las buenas costumbres

Se aborda ahora conjuntamente las otras tres grandes divisiones o grupos de límites enumeradas en la sistematización que viene siguiéndose porque se traslapan al compartir la referencia a un denominador común que supone el carácter imperativo de las normas, para más adelante, en este mismo sub-apartado, hacer referencia a otras cuestiones —igualmente espinosas— relacionadas con los restantes límites: las buenas costumbres y la moral y el orden público, según preceptuados respectivamente en los artículos 1328 y 1255 CC. Así, empezamos por apuntar que es doctrina reiterada entender la remisión del Código civil a la ley como límite general a la autonomía de la voluntad de modo que suponga una referencia a normas imperativas, como igualmente

---

estos acuerdos deben vincular al juez, quien debe hacerlos valer a menos que tenga causa para determinar que son perjudiciales para los hijos.

[90] Algunos autores parten del examen de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo en torno a la validez del contenido del convenio regulador de separación o divorcio para examinar la validez o eficacia de los distintos contenidos posibles de los acuerdos prematrimoniales. Ello porque entienden que es completamente aplicable a los acuerdos en previsión de una futura ruptura pues ambos son vehículos válidos para que las partes puedan autorregular las consecuencias de la crisis matrimonial en relación con los hijos comunes y en cuanto los cónyuges mismos. Así, entre otros, González del Pozo, *op. cit.*, Acuerdos y Contratos Prematrimoniales (II), pág. 1.

[91] Parra Lucán, *op. cit.*, pág. 201.

imperativos consideran algunos autores ciertos aspectos emanados de la perspectiva *institucional* del matrimonio o de determinadas normas jurídicas concretas que suponen su inderogabilidad. Podría decirse entonces que, conjuntamente, estas tres clases de límites cubren el espectro completo de lo imperativo en la ley, desde el contexto general en el que aquélla se plantea en sede de la teoría contractual general, pasando por el punto medio en el que podemos ubicar —en términos de especificidad— a cierta normativa matrimonial de aplicación general, y terminando el espectro en el extremo de especificidad en el cual se ubican determinadas normas jurídicas aplicables concretísimamente a ciertas figuras y que están conceptualizadas como inderogables. Quizá esta apreciación resulta más compleja de lo necesario para afirmar que, además del impedimento que representan determinadas normas imperativas como efecto de los límites generales de la teoría contractual, en sede matrimonial algunas normas revisten también tal carácter, de la misma forma que existen en contextos normativos todavía más especializados como la patria potestad o la obligación de alimentos. De manera que el meollo de esta cuestión remite irremediablemente a la discusión sobre cuáles normas se consideren imperativas y, por ende, indisponibles entre los particulares; por lo que para no desviar más de lo indispensable, se sintetiza la importancia que reviste este eterno debate.

DÍEZ PICAZO,[92] al comentar sobre la barrera de la ley a la autonomía de la voluntad contractual en general, insiste en que el sistema del Código Civil no tiene una regla general a favor del carácter dispositivo de las normas como tampoco una que disponga lo contrario; lo que hace ineludible la interpretación de la norma concreta en cuestión para adscribirle uno u otro carácter. Afirma también que se puede generalizar para apuntar que son normas imperativas las que prohíben y las que preceptúan la sanción de nulidad para su inobservancia, si bien reconoce que "se trata siempre de un problema abierto". Explica que la norma imperativa coarta la libertad contractual de varias formas, que resume en la proscripción de un tipo contractual determinado o de un particular contenido para un tipo contractual permitido; y la fijación de un contenido imperativo al contrato que las partes libremente acuerden, en cuyo caso las partes son libres para contratar o no, pero si lo hacen el contenido de esa determinada regla contractual queda fijado por la ley.

[92] Díez-Picazo, *op. cit.*, Comentario del Código Civil, T. II, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, (dir. Paz-Ares Rodríguez, Cándido y otros), 1993, pág. 431.

Luego, al discutir esta cuestión en el contexto del grado de contenido imperativo en la normativa familiar, el referido autor concluye, con GULLÓN, que a pesar del carácter imperativo de muchos de sus preceptos y de la presencia en ésta de mayores límites que en otras materias de derecho privado, las corrientes modernas han permitido un radio de acción mayor al ejercicio de la autonomía de la voluntad en el campo de las relaciones jurídicas familiares.[93] Mas, al abordar la discusión del alcance del principio de libertad de estipulación consagrado en los artículos 1315 y 1325 del Código civil como uno de los principios inspiradores del régimen económico matrimonial, afirman que la admisión en el ordenamiento jurídico español de la *lex privata* y la dificultad de pretender la uniformidad de los modelos familiares resulta en que el ordenamiento se decanta por la preconización del pluralismo, fundamentado en la libertad individual. Y, si bien apuntan que el ámbito de las relaciones personales conyugales y su conjunto de obligaciones y derechos presenta "un marcado cariz de orden público", la normativa del régimen económico matrimonial concierne casi exclusivamente a los interesados, preservada la seguridad del tráfico jurídico y los derechos de los terceros. A su juicio, ello deriva en un reconocimiento de la libertad de estipulación con los "naturales límites, que no son otra cosa que la aplicación, a este concreto supuesto, de las genéricas limitaciones que la autonomía privada tiene el Derecho civil".[94]

En sentido similar se expresaba DE LA CÁMARA ALVÁREZ,[95] quien, tras reconocer la creciente influencia de la autonomía de la voluntad en la normativa reguladora de las relaciones familiares impulsada por la entonces reciente reforma del año 1981, puntualizaba que "aún en aquellos casos en que expresa o tácitamente se autoriza el juego de la autonomía de la voluntad ésta choca con limitaciones insalvables, pues todavía el derecho de familia es en buena parte, imperativo", y recalcaba que era tarea "difícil y delicada" demarcar claramente el ámbito real de la autonomía de la voluntad en el derecho español vigente entonces, por lo que advirtió la necesidad de desarrollos ulteriores en el tema. Sin embargo, este autor hizo constar la reiterada preocupación de que la dicotomía entre lo imperativo y lo dispositivo podía resultar simplista a los fines de resolver la cuestión sobre los límites a la autonomía de la voluntad pues, a su juicio, entre las normas inflexiblemente imperativas y las

[93] Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, *op. cit.*, Sistema de Derecho Civil IV, pág. 44.
[94] *Íd*. Pág. 140.
[95] De La Cámara Álvarez, *op. cit.*, pág. 9.

meramente dispositivas queda una amplia zona en la que se inserta una parte considerable de las normas de derecho privado "porque una cosa es que la reglamentación prevista por la ley para regular una determinada situación no pueda ser eliminada y sustituida por otra diferente, libremente escogida, y otra que el mandato legislativo sea absolutamente inderogable y no quepa modificarlo si concurre un interés legítimo o se arbitra una solución que, aún procedente de la autonomía privada, no es opuesta a la filosofía que en último término inspira la solución legal".[96]

Otro autor comparte esta opinión sobre la gran dificultad que presenta llegar a conclusiones certeras sobre los límites concretos de la autonomía de la voluntad de la normativa vigente y lo atribuye, en parte a que para ello es necesario franquear la cuestión de la imperatividad de las normas y, en segundo término, a que la determinación sobre la validez del pacto no agota la cuestión porque es necesario también concretar su mayor o menor eficacia. Asegura que la determinación de cuáles de estas normas son imperativas, y cuáles no, y el grado en el que lo son, es con frecuencia una de las cuestiones más importantes encomendadas a los juristas en el manejo del derecho privado, y entiende que aun cuando el legislador ha querido facilitar esa determinación no necesariamente lo ha conseguido.[97]

Ciertamente la ampliación del camino para la facultad de autorregulación de las relaciones familiares tiene que influir directamente en la determinación de la medida de lo disponible en materia familiar; muy particularmente tras la reforma del año 2005. Como se ha señalado reiteradamente, proyecta exponencialmente la estimación jurídica

[96] *Íd*. Pág. 10. Reconoce este autor que lo realmente difícil es aplicar este criterio a supuestos concretos, pero ello no le impide afirmar que considera incuestionablemente imperativas "Las que se producen en términos rotundamente categóricos sobre la obligatoriedad de lo que disponen; las que establecen una prohibición; las que sancionan con nulidad los actos que las contradigan; o las que establecen los requisitos fundamentales que ha de cumplir un acto o negocio jurídico." No obstante, admite que el grado preciso de imperatividad de una norma es una determinación compleja que ha de resolverse "ponderando la naturaleza del interés que protege la norma y la ratio o finalidad de la misma, dato éste último esencial que con frecuencia no podrá ser detectado en función tan sólo de su contexto sino que exigirá estudiar la relación del precepto de que se trate con otros de los que pueda ser consecuencia complemento y atendiendo las bases fundamentales sobre la que aparece articulada la institución en que la norma se enmarca, pues su interpretación debe ser, para preservar la armonía del sistema jurídico, coherente y congruente con aquellas bases." *Íd.*

[97] J. Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 550. En apoyo de su apreciación, se refiere al artículo 111 del Código civil catalán en cuanto dispone que las normas civiles catalanas pueden "ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contrario, a menos que establezcan expresamente su imperatividad o que ésta se deduzca necesariamente de su contenido. La exclusión, la renuncia o el pacto no son oponibles a terceros si pueden resultar perjudicado por ellos." Para este autor el tenor literal de este precepto no hace menos difícil la determinación de si se trata de una norma imperativa y deja al intérprete en la misma situación en la que está cuando ha de interpretar otro cuerpo de ley. *Íd.* Pág. 550.

del valor de la libertad individual, lo que desdibuja el lente de la imperatividad de las normas en materia familiar. Ello, conjuntamente con la consagración del ampliado marco para la voluntad consensuada de los cónyuges insertado previamente por la reforma de 1981, requiere la deconstrucción del binomio de lo imperativo-dispositivo, sobre todo en el ámbito particular de este trabajo; léase, más concretamente, el ámbito de los pactos conyugales. Con todo, se pecaría de gran ingenuidad si se afirmara que tales desarrollos han puesto fin a este debate en el contexto de la normativa reguladora de las relaciones matrimoniales. Por el contrario, ese espacio ganado a la libertad individual por tales desarrollos normativos ha revivido, reafirmado y reformulado el debate sobre la cuestión, dándole una mayor trascendencia a las distintas visiones sobre el alcance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para autorregular las consecuencias de su relación matrimonial. Además, la cuestión adviene particularmente importante porque se erige como requisito *sine qua non* para que la normativa reguladora en este ámbito armonice con los principales desarrollos normativos que reflejan esa valoración superior que dispensa la normativa jurídica vigente a la libertad individual de los cónyuges. De modo que también puedan expresar su libertad conjuntamente como respuesta consensuada, y anticipada, a las posibles cuestiones que puede suscitar el ejercicio de la libertad primera de poner fin al vínculo matrimonial. Ello, ciertamente, provoca que la delimitación exacta del campo permitido a la autonomía de la voluntad de los sujetos en el ámbito de los pactos matrimoniales siga siendo una asignatura pendiente que —todavía hoy— es igualmente "difícil y delicada", para utilizar la citada terminología de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ.[98]

[98] Véase Román García, *op. cit.*, pág. 684, quien afirma:

> "En cuanto a las normas imperativas, hemos de señalar, finalmente, que serán una manifestación de muy escasa incidencia en el ámbito del derecho de familia, tanto personal, como patrimonial, concentrándose en las que hacen referencia a los deberes recíprocos de los cónyuges y de éstos en relación a los hijos (la cuestionada "fidelidad", socorro y asistencia) y en las normas de régimen económico matrimonial primario, que impedirá la desatención de las necesidades básicas de la familia y que los cónyuges puedan exonerarse del levantamiento de las cargas ordinarias de la misma." A juicio de este autor, las reformas de 1975 y 1981 hicieron posible que el ordenamiento español permita a los cónyuges "determinar con libertad en un régimen de igualdad la organización económica de su matrimonio, con gran amplitud y ductibilidad en las estipulaciones y pactos. Esto es, tanto en la concreta configuración del régimen económico matrimonial, como en su transitoriedad o eventualidad, estando únicamente limitada su autonomía privada en este aspecto por las leyes imperativas en la materia, el orden público sistemático, la moral y las buenas costumbres que imponen la sociedad actual en este concreto momento histórico." *Íd*. Pág. 685.

### 2.3.2 Moral y orden público

Resta por abordar una parte de la discusión que tampoco es pacífica, aunque para algunos sea un poco menos espinosa o, al menos, más fácil de eludir. Se trata de los límites restantes: la moral y el orden público en el ámbito de los límites generales a la autonomía de la voluntad contractual, y las buenas costumbres en sede de libertad capitular. En este respecto parece acertado el planteamiento de que la referencia a las buenas costumbres o a la moral como barreras a la autonomía de la voluntad presenta el peligro de que tiendan a confundirse éstas con lo que cada intérprete formula individualmente como su conceptualización o modelo de familia. Así lo manifiesta DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ al referirse a la cuestión. Añade que, en todo caso, parece que tal referencia se relaciona más con las estipulaciones o convenciones sobre aspectos personales que con los patrimoniales, pues en este último ámbito tales límites se solaparían con el resto de lo preceptuado en el artículo 1328. Por tal razón, la autora entiende que al buscar los límites de la autonomía de la voluntad derivados de la regulación del Código civil habría que centrarse en la referencia a la ley y a la igualdad entre los cónyuges.[99] Hay que coincidir con este criterio, sobre todo, porque en la medida en que se ha ido democratizando el paradigma de lo que es familia, la visión plural impone la necesidad de aislarlo del juicio individual que comporta la particular visión ideológica, sociológica o religiosa desde la que parte el juzgador.

No obstante, es obligada la referencia los lineamientos más elementales por los que ha discurrido esta discusión. Así, la generalidad de la doctrina sigue a DÍEZ PICAZO y admite la dificultad de definir con precisión la referencia a la moral como límite general a la autonomía de la voluntad contractual. Coincide en que se entienda como una referencia al "conjunto de las convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica" y usualmente le dispensa solo una consideración ligera.[100] Advierte este autor, sin embargo, que queda fuera de la consideración de esta cuestión la parte de la ética o de la moral que regula internamente al individuo, pero que no se manifiesta en actos dirigidos

[99] De Amunátegui Rodríguez, *op. cit.*, pág. 146.

[100] Díez-Picazo, *op. cit.*, Comentario del Código Civil, pág. 431. A este autor le parece claro que el Código no es receptor de moral religiosa alguna, aunque admite que "una gran parte de la moral cristiana impregna la sociedad regida por el Código Civil". *Íd.* Pág. 432.

a los demás; por lo que le parece que las convicciones y valores éticos a las que se refiere el Código no necesitan plasmarse en actos concretos aunque pudiera parecer que éste pretende una sinonimia entre "moral" y "buenas costumbres", que entendido así exigiría una serie de actos que reflejen tales convicciones. Y no debe ser de otra forma, pues es sabido que la unilateralidad y la autonomía son características ineludibles de las normas morales, que se contraponen a la norma jurídica que obligatoriamente es bilateral, y que necesariamente ha de exteriorizar su correlatividad para que genere la facultad de exigir su cumplimiento en un plano intersubjetivo, que no se agota, como el de la norma moral, en la conciencia individual.

De otra parte, otro autor pone de manifiesto también las dificultades de la cuestión, cuando al discutir la referencia a la moral y a las buenas costumbres como límites reitera que ello siempre implica pisar «terreno resbaladizo», pues a su juicio la inexistencia de concreción jurídica sobre lo que es moral —en lo que coincido, y añado, en lo que no lo es—, o qué pactos contrarían las buenas costumbres, hacen inevitable que recaiga en un juez la necesidad de hacerlo. Por ello añade que "para la aplicación de este límite será necesario indagar qué moral o buenas costumbres deberá tener en cuenta el juez; en otras palabras si deberán ser la moral y buenas costumbres del juez o de la sociedad en la que ejerce su potestad jurisdiccional"; por lo que le parece más acertado definir este límite en un contexto social concreto "histórica y geográficamente".[101]

PÉREZ SANZ, sin embargo, se aventuró a lograr un poco más de especificidad para afirmar que en el ámbito de la libertad capitular:

> "Ciertamente las buenas costumbres presentarán un freno más amplio respecto de las estipulaciones familiares y relativas a los efectos personales del matrimonio, que en relación con las estipulaciones patrimoniales puras. Por eso la doctrina normalmente alude aquí, considerándolos nulos, a los pactos que van contra la estimación moral del matrimonio, como serían la obligación de dedicarse a la prostitución impuesta cualquiera de los cónyuges, la admisión del concubinato o la homosexualidad y cualquiera otro similar. En este apartado cabría incluir los pactos contrarios a los fines del matrimonio, como lo sería el que excluyera la descendencia. La problemática de este tipo de pacto es delicada y excede de los límites que me he marcado para este trabajo. Para Lacruz también hoy son contrarios a las buenas costumbres los pactos que privando a un cónyuge de poderes patrimoniales pueden atentar contra la posición irreductible que el derecho le asigna la familia, citando como

[101] Moreno Velasco, *op. cit.,* Autonomía de la Voluntad, pág. 43.

> ejemplo el pacto que restableciera la antigua licencia marital o atribuyera con carácter irrevocable a uno de los cónyuges la representación de otro. Creo, sin embargo, que estos pactos más que contra las buenas costumbres van contra el principio de igualdad de los cónyuges, limitación contenida en el artículo 1328…"[102]

Adviértase, no obstante, que las citadas expresiones datan de más de tres décadas y solo sería razonable entenderlas en su justo contexto. Algo similar es necesario hacer al leer a DE LA CÁMARA ÁLVAREZ cuando hablaba de que muy cerca de la clasificación tripartita de las normas jurídicas entre imperativas rigurosamente, intermedias y dispositivas está otra que contrasta normas "más o menos" imperativas. Para este autor, una manifestación de esa otra clasificación es ese concepto "tan difícil de aprehender que es el llamado «orden público»", cual define como una "noción extra positiva que hay que situar cerca de las buenas costumbres y que en su proyección negativa —que es la importante— lleva al rechazo de los actos que chocan contra la conciencia general de un país".[103] Y no está solo en la posición doctrinal que acerca la discusión sobre la imperatividad de las normas a la del orden público como límite a la libertad contractual, pues en esa línea de pensamiento se adscribe otro autor que afirma que en la medida en que los otorgantes de capitulaciones matrimoniales no pueden estipular nada que sea contrario a las leyes imperativas, "queda incluido en el concepto de pacto contra la ley el que atenta al orden público".[104]

Sobre el concepto de orden público como límite a la autonomía de la voluntad podría repetirse lo dicho al hacer referencia a la dificultad de apreciar si determinado acuerdo entre las partes es contrario a las buenas costumbres, pues el grado de subjetividad que comparte con la noción de orden público así lo permite; pero no hay

---

[102] Pérez Sanz, *op. cit.*, pág. 13.

[103] De La Cámara Álvarez, *op. cit.*, pág. 10.

[104] Pérez Sanz, *op. cit.*, pág. 13. Y añade:

> "Habrá que atenerse a las leyes que regulan los distintos pactos que como hemos visto pueden incluirse dentro de los capítulos para juzgar acerca de su carácter imperativo. Nos ocuparemos específicamente del carácter imperativo de las normas reguladoras del régimen económico matrimonial, pero queremos ahora advertir que en las capitulaciones matrimoniales, sobre todo cuando contemplan situaciones de separación de hecho, será muy frecuente encontrar pactos relativos a los derechos y deberes de los cónyuges, pactos que no podrán exonerar de tales deberes, pero sí regular las condiciones de su cumplimiento y los efectos de su incumplimiento; también son frecuentes los pactos relativos a la tutela y patria potestad. Serán las normas legales reguladoras de tales derechos y deberes y de aquellas instituciones las que suministrarán la pauta para juzgar acerca de su propia imperatividad y ponderar el campo válido de actuación que permiten a los cónyuges."

que coincidir plenamente en que por ello pueda afirmarse cómodamente que significan la misma idea ni siquiera que se solapan de modo absoluto. Puede haber traslapo en algunos extremos, pero es más persuasiva la tesis que parte de que algún mensaje envía el legislador al referirse al orden público separadamente de los otros límites. Por eso quizá ayuda volver por un momento a la discusión de los límites generales a la libertad contractual para examinar lo allí planteado al respecto. En síntesis, DÍEZ PICAZO[105] plantea que, aunque la línea doctrinal que conecta el orden público con la noción de ley imperativa facilita la demarcación del concepto, es problemática porque implica fusionar dos de los límites de la autonomía de la voluntad contractual en uno solo y reducir la referencia del art. 1255 CC a dos: las leyes imperativas y la moral. A su juicio, ello no parece "lícito" visto el tenor literal del precepto, además de que considera que una norma imperativa puede recoger una decisión de "política jurídica" que no necesariamente involucre la noción de orden público. Por ello procede a definir la referencia del Código al orden público como "la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores." De ahí que afirme que, aun cuando no hubiera normas jurídicas expresamente imperativas, no están sujetas a la disponibilidad de los contratantes las materias relativas al orden público.[106]

Con todo, esta discusión no agota las dificultades que plantea el debate menos pacífico aun sobre la existencia de una noción de orden público particular o especializado en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares, cuestión ésta sobre la cual se ha escrito insaciablemente y cuyas líneas principales fueron atisbadas al discutir

---

[105] Díez-Picazo, *op. cit.,* Comentario del Código Civil, pág. 432. El autor ofrece como ejemplo la norma del Artículo 1608 CC porque considera que "la norma es explícitamente imperativa, pero no parece que sea una cuestión de orden público":

> **Artículo 1608.**
>
> Es de la naturaleza del censo que la cesión del capital o de la cosa inmueble sea perpetua o por tiempo indefinido; sin embargo el licenciatario podrá redimir el censo a su voluntad aunque se pacte lo contrario; siendo esta disposición aplicable a los censos que hoy existen.
>
> Puede, no obstante, pactarse que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censo listado de una persona determinada, o que no pueda redimirse en cierto número de años, que no excederá de veinte en el consignativo, ni de sesenta en el reservativo y enfitéutico.

[106] Considera este autor que en la normativa vigente forman parte del orden público referido en el artículo 1255 las materias alcanzadas por el orden constitucional, tales como *la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y a la no discriminación,* por entender que no pueden impedirse ni menoscabarse en virtud de pacto o contrato ni siquiera con el consentimiento de la parte afectada. *Íd.*

otros aspectos relacionados, como la conceptualización jurídica de la familia, su incardinación desde el ámbito constitucional y cómo éste, desde allí, irradia al ordenamiento jurídico indivisiblemente.

Así, pues, la tesis de un amplio campo para que los cónyuges manifiesten su voluntad, válidamente consensuada, para atender los asuntos matrimoniales, de los cuales son sin duda los sujetos en más cercana posición, no riñe con la idea de la existencia de un orden público familiar, que no ha podido definirse mejor que con la siguiente apreciación, dada como respuesta a la referida cuestión:

> "… [s]e podría cuestionar si puede hablarse de un orden público familiar de la misma manera que puede hablarse de un orden público. En mi opinión la respuesta al interrogante anterior es afirmativa. Hay un orden público familiar y lo que corresponde al orden público familiar es indisponible y queda más allá de las posibilidades de la actuación de la autonomía privada. Lo que ocurre, probablemente, es que, tras la Constitución, el orden público familiar no cubre exactamente el mismo terreno que con anterioridad cubría. Sin embargo, sí creo que podemos extraer ciertas conclusiones: sobre todo la de que la nación, al organizarse, ha reconocido el fenómeno familiar como un elemento básico. Resulta así, sobre todo, del art. 39.1 de la Constitución («los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»), pero se desprende también de algún otro precepto (p. ej., del art. 18 que garantiza el derecho a la intimidad familiar, etc.). Esta conclusión -el fundamento constitucional de la familia, como elemento básico de nuestro modelo de sociedad- ha de iluminar el estudio del convenio, aún en el supuesto de que lo inscribamos en el ámbito de la autonomía privada, como una manifestación de la misma y como un tipo de negocio jurídico familiar.][107]

En sentido similar se expresó más recientemente PARRA LUCÁN. Concluyó categóricamente —en un enjundioso estudio sobre la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia— que los juristas proyectan de forma mayoritaria «sentimientos fuertes» en relación con la normativa reguladora de las relaciones jurídicas familiares, lo que conlleva, apunta, que frecuentemente se invoque el concepto de orden público —liviana y genéricamente, añado yo— para impugnar la validez de determinado contenido en los pactos conyugales porque no responde a la concepción familiar del que lo plantea. La autora invita a superar esa perspectiva y reclama que la noción de orden público familiar "como conjunto de reglas cardinales que se deducen de nuestro sistema

[107] Díez-Picazo, *op. cit.,* La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia, en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1984, reproducido en Ensayos Jurídicos, T. I, Ed. Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011, pág. 1449.

de valores, debe reconducirse necesariamente a la Constitución" pues entiende que aquél "únicamente puede servir para hacer efectivos los principios y valores constitucionales". Pero va más lejos aún y plantea con rotundidad que en tal análisis se debe presumir el carácter dispositivo de las normas, para suplir la voluntad de las partes. Y concluye que "en ausencia de norma imperativa, todo lo que no sea contrario a los principios y valores constitucionales es materia disponible y si es materia disponible puede ser objeto de pacto por los interesados".[108]

Así, de esta discusión puede concluirse, a manera de una apretada síntesis, que los límites a la facultad de autorregulación por vía del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes hay que buscarlos, primero, en el texto constitucional, mismo que da origen a los corolarios de igualdad y libertad en los cuales se asienta la facultad de pactar, y en el Código Civil en todo lo referente al ámbito de aplicación de éste, como principal cuerpo rector de las relaciones jurídicas privadas. En lo que concierne al tema que ocupa en este trabajo, son de aplicación, con las matizaciones antes esbozadas, las referencias concretas a la ley, a la moral y al orden público como límites que derivan de lo dispuesto en el art. 1255, con carácter general, así como de lo preceptuado más específicamente en sede capitular, por virtud de lo establecido en el art. 1328 al dictaminar la nulidad de cualquier estipulación contraria a la ley, a las buenas costumbres o a la igualdad de los cónyuges. De esta forma, toma vigencia plena la referencia del art. 1315 a la facultad de los cónyuges de estipular su régimen económico matrimonial libre de otras limitaciones que no sean las establecidas en el propio Código, así como el reconocimiento del art. 1325 de la amplia facultad de los cónyuges para estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio así como cualesquiera otras disposiciones por razón de éste. Sin embargo, a manera de reiteración, el seductor y fascinante examen del alcance operativo de los límites a la autonomía de la voluntad de los cónyuges al capitular o pactar en los múltiples contextos específicos atendidos por la normativa reguladora del Código civil para los distintos regímenes disponibles a la economía conyugal trasciende el horizonte razonable de este trabajo.

[108] Parra Lucán, *op. cit.*, págs. 158-159.

## 3. Principales acuerdos que pueden adoptar los otorgantes de capitulaciones matrimoniales en el ordenamiento puertorriqueño

El ordenamiento privado puertorriqueño no ha estado totalmente exento del debate sobre los límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes de las capitulaciones matrimoniales, si bien tal cuestión no ha generado tanta discusión como en el Derecho español. Quizá ello responda a que, desde la perspectiva sociológica, no se observa un uso generalizado de la alternativa que tienen los futuros cónyuges de otorgar capitulaciones matrimoniales. Ello, lógicamente, tiene un impacto directo en las posibilidades de que surjan controversias sustanciales que sean susceptibles de recorrer la larga trayectoria que requiere el cauce judicial conducente a la expresión del Tribunal Supremo sobre un caso en particular. Además, a ello también contribuye el hecho de que hay otras cuestiones muy anteriores a la discusión sobre el alcance de la voluntad de los cónyuges, tales como la imposibilidad de otorgar capítulos post nupciales para cambiar en forma alguna el régimen económico matrimonial o cualquier extremo allí pactado, y la prohibición de contratación entre cónyuges.

No debe desconocerse que, en tal escenario, la jurisprudencia no es justamente el contexto idóneo para el estudio prolijo de la cuestión de los límites a la autonomía de la voluntad de las partes capitulantes, pues podría decirse que no pasa de constituir una serie de soluciones dadas a casos concretos con determinadas circunstancias. Sin embargo, es pertinente examinar las soluciones provistas a los escenarios fácticos concretamente presentados en los casos que se discuten a continuación porque, aparte de que es la principal jurisprudencia existente, puede permitir —inductivamente— una apreciación de conjunto de la casuística. Con todo, debe advertirse que los pronunciamientos jurisprudenciales no han aportado substanciosamente al debate, sino más bien se han limitado a exponer de forma bastante escueta la controversia en cuestión y a adoptar de forma poco crítica algunos principios.

De todas formas, la soluciones jurisprudenciales de los casos en los que en efecto se ha interpretado la normativa codificada en materia del contenido de las capitulaciones matrimoniales —y por ende sus límites— resultan pertinentes para algunas de las cuestiones objeto de investigación en este trabajo. Por ello es conveniente discutirla en este capítulo dedicado a la autonomía de la voluntad de los otorgantes de los capítulos matrimoniales, así como se hace en el último capítulo al abordar otras

cuestiones. Como se verá, de manera similar al ordenamiento español, en el puertorriqueño no resultan categóricamente establecidos los límites a la autonomía de la voluntad. Con todo, el ejercicio permite examinar los supuestos principales en los cuales los otorgantes de capitulaciones matrimoniales actúan dentro del marco admisible de esa autonomía o cuando transgreden sus límites, aunque sólo sea en los escenarios fácticos considerados por el Tribunal Supremo.

### 3.1. Rechazo del régimen de sociedad legal de gananciales

En *Domínguez Maldonado y Santiago v. Estado Libre Asociado*,[109] el Tribunal Supremo se enfrentó por primera vez a un caso en el que los futuros cónyuges habían pactado, en sus capitulaciones matrimoniales, el rechazo expreso al régimen legal supletorio de sociedad legal de gananciales, pero no estipularon un régimen económico para su matrimonio. Ante la alegación conjunta de los esposos, mediante solicitud de sentencia declaratoria, de que su matrimonio debía regirse por el régimen ganancial, el tribunal resolvió en su contra por entender que esa pretensión violaría el principio de inmutabilidad capitular. Es menester examinar detenidamente el escenario fáctico en el que tuvo su génesis la referida determinación judicial y la correspondiente fundamentación.

Primero, debe resaltarse que se trató de un caso en el cual ambos cónyuges solicitaron que se reconociera la existencia de una sociedad legal de bienes gananciales desde la fecha en que contrajeron matrimonio. Alegaron que, a pesar de haber otorgado un contrato capitular en el que rechazaron la sociedad de bienes gananciales y no escogieron un régimen económico, se condujeron desde el inicio de su matrimonio como si estuvieran sometidos al régimen ganancial. En apoyo de su contención afirmaron que coetáneamente al otorgamiento del contrato capitular, y constante matrimonio, otorgaron alrededor de cuarenta escrituras públicas para disponer de bienes inmuebles. También demostraron la existencia de una declaración jurada conjunta en la que hacían constar detalladamente el esfuerzo y la gestión común que realizaron en beneficio de su patrimonio.[110]

---

[109] Domínguez Maldonado y Santiago v. Estado Libre Asociado, 137 D.P.R. 954 (1995).

[110] *Íd*. Pág. 976. La parte pertinente de la declaración jurada lee como sigue: "Además de haber realizado los anteriores negocios jurídicos mediante los cuales adquirimos por partes iguales las propiedades antes descritas y nos obligamos, también por partes iguales, al constituir las hipotecas aquí indicadas, yo,

Además, impugnaron la constitucionalidad de los Arts. 1267, 1269, 1271 y 1272 del Código Civil de Puerto Rico que regulan el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, sobre la base de que sus textos era incompatibles con los preceptos constitucionales que protegen la dignidad e igualdad del ser humano y la vida privada o familiar.[111] Por último, los esposos conjuntamente solicitaron que, de no prevalecer en su reclamo de que se reconociera el régimen legal de gananciales como el aplicable a su matrimonio, se resolviera que existió entre ellos una comunidad de bienes con igual participación en el caudal adquirido durante los veintisiete años que duró el matrimonio.

El dictamen del tribunal inferior desestimó todos los planteamientos de los esposos demandantes. El del Tribunal Supremo lo modificó a los fines de ordenar que se celebrara un juicio ordinario para dilucidar, únicamente, si existió una comunidad de bienes entre los cónyuges y, en tal caso, adjudicar la cuantía de las participaciones respectivas. La Opinión mayoritaria[112] se fundamentó, primeramente, en el aspecto puramente contractual del acuerdo capitular y en ese contexto reiteró la doctrina jurisprudencial previa que afianzaba el principio de libertad de pacto entre cónyuges, con las limitaciones establecidas en la normativa vigente.[113] Así, enmarcó la discusión en la regulación del Código Civil que, sobre la base contractual, regula los intereses económicos del matrimonio en la actividad patrimonial de los esposos entre sí y con terceros. Tras reconocer que el marco de acción de los cónyuges es amplio, enfatizó que no era absoluto, pues ese era el fundamento principal en el que posteriormente apoyó la decisión última del caso.

La referida fundamentación sirvió de base para afirmar la cardinal importancia que reviste el contrato capitular en la regulación de los aspectos patrimoniales de la relación matrimonial, por virtud, sobre todo, del amplio alcance de su contenido. En ese particular se hizo eco de la afirmación de CASTÁN en el sentido de que puede

---

DOMINGO DOMINGUEZ MALDONADO, utilicé el consejo de mi esposa, EDNA SANTIAGO ORTIZ, desde los inicios de nuestra relación matrimonial, en la mayoría de las decisiones tomadas por mí en la administración de nuestros negocios, en la compra de las propiedades muebles e inmuebles y otros bienes de diversa naturaleza tanto para el comercio como para el hogar. Ambos hemos aportado por partes iguales esfuerzo y trabajo para el desarrollo de nuestros bienes familiares de naturaleza comercial y familiar,…".

[111] Tales protecciones están contenidas en las secciones 1 y 8 de la Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. 1 L.P.R.A §§ 1, 8.

[112] El término Opinión se utiliza en el ordenamiento jurídico puertorriqueño para referirse a la sentencia escrita del Tribunal Supremo.

[113] *Íd*. Pág. 959.

reglamentar "los derechos de los esposos sobre sus bienes respectivos, los derechos sobre las ganancias realizadas por ellos durante su unión; los intereses de los hijos y de la familia; los intereses de los terceros que contratan con uno u otro de los esposos, y, en definitiva, el interés económico y social, muy afectado por la solución que se dé a los problemas que el régimen matrimonial lleva consigo...".[114] Tal fundamentación también es la base de la categórica afirmación del Tribunal Supremo en cuanto a que, si bien el objetivo primordial del contrato capitular es estipular y reglamentar el régimen económico matrimonial, ello no agota los límites de su contenido, pues puede utilizarse con fines diversos y aun ajenos al régimen económico matrimonial, tal como se discutió y defendió en otro apartado de este trabajo.

Con la libertad de pacto como telón de fondo, la Opinión mayoritaria insertó en el análisis la discusión sobre el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, según enmarcado en la normativa legislativa del Código Civil que, como se discutió, requiere que cualquier cambio a lo acordado en el contrato capitular se haga con anterioridad a la celebración del matrimonio y prohíbe taxativamente su alteración constante matrimonio. Todo ello para reafirmar lo resuelto previamente en *Vilariño Martínez v. Registrador*: que la fundamentación del principio de inmutabilidad es asegurar que los futuros cónyuges presten su consentimiento libremente y que los terceros puedan conocer el régimen económico acordado a partir de una fecha cierta con la garantía de que no habrá cambio alguno. También reiteró lo establecido en *Umpierre v. Torres* en el sentido de que "[l]a razón del principio de inmutabilidad... de que 'a través de los pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones, de plena libertad', ha perdido virtualidad en nuestros tiempos".[115]

La tendencia moderna orientada al reconocimiento de la igualdad jurídica entre los cónyuges está reconocida en la Opinión mayoritaria, la cual es consciente de que no se justifica la premisa de que un sexo pueda ser más fuerte o más débil de voluntad que otro, y resalta que de ser así habría razón igualmente fuerte para rechazar el principio de inmutabilidad, pues el supuesto de un consentimiento producido por una voluntad viciada también podría darse antes del matrimonio. Así, reiteró lo que antes expresara

[114] *Íd*. Pág. 960.
[115] *Íd*. Pág. 961.

en *Umpierre v. Torres*, a los efectos de que la norma de inmutabilidad ha desaparecido de los códigos más modernos[116] y que en múltiples países civilistas la normativa sobre capitulaciones matrimoniales ha acogido la norma de mutabilidad del régimen económico matrimonial.[117]

También reconoció que el Derecho español, desde hace muchas décadas, permite que los cónyuges pacten los capítulos matrimoniales en cualquier momento antes o después de la celebración del matrimonio, así como la libertad para alterarlos en cualquier momento, incluso constante matrimonio. Esta alusión es, por razones obvias, particularmente importante para el Derecho puertorriqueño, pues es evidente la prominencia que tiene el Código civil español como referente para el Código puertorriqueño. De hecho, irónicamente ha servido en casos como el que ahora es objeto de estudio para que el Tribunal Supremo fundamentara su decisión, a pesar de que para ello aplicara una norma que, *a contrario sensu*, existe en el Código civil español pero no tiene una equivalencia en el puertorriqueño.

La Opinión mayoritaria, sin embargo, reiteró la postura de que la recepción en el derecho puertorriqueño del cambio experimentado en otras tierras tiene que esperar por la iniciativa legislativa para dejar sin efecto la normativa vigente. Sobre esa base, se reafirmó en que era tarea legislativa estudiar la posibilidad de cambiar la doctrina de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales porque: "es misión que primordialmente recae en la Asamblea Legislativa el regular los efectos económicos del

---

[116] Se hace referencia particular al *Uniform Premarital Agreement Act*, que no discutiremos ahora porque hay un capítulo en este trabajo dedicado a su discusión y a la versión actualizada de la ley uniforme aprobada en el año 2012. Apuntamos, sin embargo, que la Opinión reconoce que la Sec. 5 del estatuto permitía que un contrato prenupcial de capitulaciones fuera modificado o revocado y que todos los estados, excepto Montana y Nueva Jersey, tenían cláusulas similares. Véase, S.C. Mercing, *The Uniform Premarital Agreement Act: Survey of Its Impact in Texas and Across the Nation*, 42 Baylor L. Rev. 825, 869 (1990).

[117] *Íd*. Pág. 962: "Por ejemplo, los códigos de Alemania y Suiza permiten la celebración y modificación en cualquier tiempo después del matrimonio e instituyen un registro especial de contratos matrimoniales. El Código de Méjico permite que el contrato matrimonial pueda ser concluido o modificado durante el matrimonio y la ley chilena autoriza a los esposos a transformar por documento notarial la comunidad de adquisiciones en separación de bienes. La ley holandesa autoriza el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio luego de tres (3) años desde su celebración y con autorización judicial. La ley francesa autoriza a los cónyuges a cambiar de sistema de bienes después de dos (2) años de haber sido adoptado, en documento notarial y con la homologación del Tribunal de Gran Instancia. Así también el Código Civil italiano permite la modificación de las capitulaciones matrimoniales bajo control judicial. En el derecho belga se autoriza el cambio postnupcial de régimen económico en carta notarial, acompañada de un inventario de los bienes y derechos y la liquidación del régimen preexistente homologada por el Tribunal de Primera Instancia."

matrimonio y el divorcio".[118] Esta interpretación es inconsecuente con otras instancias en las cuales ese mismo foro atendió planteamientos análogos muy meritorios e hizo esfuerzos significativos para conformar el texto legislativo con la legalidad constitucional.

El Tribunal Supremo tuvo ante sí una excelente oportunidad para cobijar, bajo el manto de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de que los cónyuges pudieran cambiar el régimen económico del matrimonio en cualquier momento, sin perjuicio de que se atendieran debidamente los intereses de terceros potencialmente afectados. Así lo hizo en relación con el precepto que prohibía a los cónyuges ponerse de acuerdo para disolver su vínculo matrimonial, declarándolo inconstitucional en cuanto no permitía el divorcio por consentimiento mutuo.[119] Por ende, parece inaceptable que, aunque reconoció en ese caso, al igual que lo hizo en *Umpierre Del Valle v. Torres Díaz*, que la norma de inmutabilidad ha sido abandonada en muchísimos países porque se asienta en la idea estereotipada de la inferioridad de uno de los cónyuges, históricamente la mujer, se negara a descartarla por entender que esa prerrogativa competía únicamente al poder legislativo.

Descartado así el planteamiento constitucional, la Opinión mayoritaria se concentró en examinar el contenido del contrato capitular de los esposos recurrentes a la luz de la discutida libertad de pacto consagrada en el Código Civil puertorriqueño, para concluir que aunque hicieron capitulaciones matrimoniales no ejercieron la opción de acordar el régimen económico matrimonial.[120] Para ello enfatizó que la prueba demostró que los esposos recurrentes rechazaron expresamente el régimen de gananciales sin establecer a cuál régimen económico sometían su economía conyugal. Ante ese escenario recurrió a la solución del Código español que, contrario al de Puerto Rico, sí

---

[118] *Íd*. Se fundamenta en lo dispuesto en el caso Ripoll Alzuru v. Rosa Pagán, 121 D.P.R. 1, 16 (1988).

[119] Figueroa Ferrer v. ELA, 107 D.P.R. 250 (1978). (De hecho, la dejadez legislativa en cuanto a este tema no tiene parangón, pues a pesar de la contundente decisión del Tribunal Supremo, pasaron 33 largos años antes de que el precepto del Código Civil fuera enmendado para incluir en la normativa codificada el divorcio por consentimiento mutuo, lo que ocurrió hace sólo unos años, mediante la aprobación de la Ley Núm. 192-2011.)

[120] A esos efectos se apoya, entre otros, en lo afirmado por VÁZQUEZ IRUZUBIETA, en el sentido de que son amplias las posibilidades que tienen los cónyuges a la hora de conformar su pacto capitular, lo cual podría incluir separar sus bienes pero reconocerse participación en las ganancias; escoger el régimen de gananciales, para lo cual también bastaría con que no estipulen nada sobre el régimen económico; que renuncien expresamente al régimen legal de sociedad de gananciales; separar sus bienes absolutamente, o acordar un régimen combinado con tal de que violente la ley, la moral o las buenas costumbres. C. Vázquez Iruzubieta, Régimen Económico del Matrimonio, Madrid, Ed. Edersa, 1982, pág. 150.

establece cuál será el régimen económico que regulará las relaciones patrimoniales de los cónyuges cuando éstos pacten expresamente que no se someterán al régimen ganancial, pero no ejerzan la libertad de acordar el régimen económico que normará sus relaciones económicas.

La solución española aplicada tiene su origen en el Art. 1.435 (2°)[121] que establece la separación de bienes como régimen legal supletorio de segundo grado para el caso en el que los cónyuges no hayan pactado las reglas que regirán su patrimonio y establecieron en capitulaciones matrimoniales que no regirá el régimen ganancial. Se acoge así lo afirmado por VÁZQUEZ IRUZUBIETA, en el sentido de que "no cabe otra solución 'posible' y 'coherente', ya que 'quien no quiere la comunidad debe aceptar la separación"'.[122]

Tal proceder parece obligatorio en Derecho español, pues es clara la voluntad legislativa de que así sea, por lo que los cónyuges activan la fuerza de ley que tiene el precepto como suplente de la voluntad de las partes con el solo hecho de capitular rechazando el régimen ganancial sin escoger régimen económico alguno. De hecho, la mayoría de la doctrina científica le adscribe origen legal al régimen de separación de bienes cuando es aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo 1435 CC, porque los cónyuges han pactado en capitulaciones matrimoniales el rechazo al régimen legal de sociedad de gananciales sin someter sus bienes a régimen económico alguno.[123]

Nótese que esa norma está insertada en un canon que establece los supuestos en los cuales se instituye el régimen de separación de bienes como normativa regidora de la economía matrimonial. Por eso predispone los supuestos en los que el matrimonio habrá de regularse por el régimen económico de separación de bienes, mismos que la doctrina ha subsumido en una tipificación tripartita en atención al origen del establecimiento del régimen de separación de bienes. Así, se habla de que la separación

[121] **Artículo 1435. Existirá entre los cónyuges separación de bienes:**

1º Cuando así lo hubiesen convenido.

2º Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes.

3º Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto.

[122] *Íd*. Pág. 965.

[123] B. Ribera Blanes, El régimen económico del matrimonio (Comentarios Al Código Civil: Especial Consideración de la Doctrina Jurisprudencial) (J.J. Rams Albesa, y J. Moreno Martínez, coords.), Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2005, pág. 824.

de bienes tiene origen convencional cuando es acordada por la voluntad de los cónyuges. Pero, cuando los contrayentes se limitan a estipular el rechazo al régimen legal de sociedad de gananciales sin expresar las reglas que habrán de regir sus bienes, entonces se habla de que la economía conyugal queda sometida al régimen económico de separación de bienes por efecto de ley porque es el régimen legal supletorio de segundo grado. De ahí que en tal caso se aluda al origen legal del régimen de separación de bienes instaurado entre los cónyuges.[124]

La tercera posibilidad para la instauración del régimen de separación de bienes entre los cónyuges es la preceptuada en el numeral tercero del artículo 1435 CCE, a la cual se alude como de carácter judicial porque se activa cuando se extingue, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto. Afirma RIBERA BLANES que esta tercera tipificación enmarca los supuestos en los que se cumple con los requisitos de que el matrimonio se mantenga vigente y que proceda la extinción del régimen económico matrimonial existente, bien sea el de sociedad de gananciales o el de participación.[125] Esta tipificación es claramente inaplicable en el contexto de la normativa puertorriqueña vigente que, según se discutió, se inserta en el la norma de inmutabilidad del régimen económico matrimonial.

La referida solución del Art. 1.435 (2°) CCE, aplicada tácitamente por el Tribunal Supremo en caso *Domínguez*, no es apropiada en el Derecho puertorriqueño porque el precepto no tiene equivalente en el Código civil de Puerto Rico, lo cual significa una gran diferencia a la hora de estimar si en Puerto Rico hay un régimen supletorio de segundo grado que se active por operación de ley. Ello dejaba la posibilidad de que el matrimonio de los esposos recurrentes se regulara por el régimen de separación de bienes sólo si hubiera tenido origen convencional, lo cual no ocurrió. No obstante, la Opinión mayoritaria importó la referida solución y, al aplicarla al caso ante su consideración, rechazó la postura de los esposos recurrentes cuyo argumento era que a la luz del derecho codificado en Puerto Rico el régimen de separación de bienes solo hubiera tenido cabida por la vía convencional de conformidad con la potestad reservada a la voluntad de los cónyuges por el Artículo 1327 del Código Civil de Puerto

[124] *Íd*. Pág. 821.

[125] Ribera Blanes, *op. cit.*, pág. 826.

Rico.[126] Aun así, la Opinión mayoritaria concluyó que, aunque no hubo pacto al efecto, el rechazo al régimen ganancial que hicieron los contrayentes en su contrato capitular, aun en ausencia de una selección de régimen económico, estableció el régimen de separación de bienes.

A esos efectos descartó el argumento de que los actos de administración y esfuerzo común realizados por los cónyuges dieron lugar a la existencia de una sociedad legal de gananciales por el hecho único de que ellos expresamente pactaron que no se sometían a dicho régimen. Y fue más lejos al decir que lo contrario implicaría alterar por la vía jurisprudencial el principio de inmutabilidad que establece la normativa codificada vigente.[127] De hecho, afirmó con contundencia: "*Otra cosa sería si, como en Umpierre v. Torres Díaz, supra, en el contrato no se hubiese determinado el régimen económico que los interesados deseaban y, además, se probara que la pareja usó y administró los bienes como si su matrimonio estuviese regido por una sociedad de gananciales, en las que ambos aportaban esfuerzo y trabajo personal*.[128] Parece evidente que el Tribunal equiparó el rechazo al régimen de gananciales, junto a la omisión de seleccionar un régimen económico, al sometimiento al régimen económico de separación de bienes. Esta solución no armoniza con el concepto del origen convencional del régimen de separación de bienes y mucho menos con la idea de que tal régimen tiene origen legal como régimen supletorio de segundo grado, que es ajena a la vigente normativa codificada en Puerto Rico.

---

[126] El artículo 1327 del Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A. sec. 3711, dispone:

A falta de declaración expresa en las capitulaciones matrimoniales, la separación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio no tendrá lugar sino en virtud de providencia judicial.

[127] Domínguez v. ELA, *supra*, pág. 965. Queda descartada la aplicación del precedente invocado por los esposos recurrentes en los términos siguientes: "Nos invita a juzgar los actos coetáneos y posteriores al contrato para interpretar la intención de las partes y a estudiar si la relación entre los esposos Domínguez Santiago se rige por el contrato de sociedad o comunidad de bienes. Fundamenta sus reclamos en el caso *Umpierre v. Torres Díaz*, *supra*, donde nos apartamos de la tradición española respecto a la omisión de la estipulación de un régimen económico en unas capitulaciones. Veamos.

En el caso Umpierre v. Torres Díaz, *supra*, pág. 459, las partes otorgaron las capitulaciones matrimoniales para identificar los bienes privativos que cada uno aportaba al matrimonio, "'para que al liquidarse la sociedad conyugal le sea reconocido y satisfecho'". Se reconoció en la escritura la potestad de cada cónyuge de administrar sus propios bienes y de realizar todo tipo de negocio con cargo a dichos bienes. No escogieron un régimen económico que dispusiera sobre los bienes futuros. Después de casarse, hicieron uso de los bienes y los administraron como si pertenecieran al caudal común, aportando trabajo y esfuerzo personal. Dijimos que no se variaron las capitulaciones matrimoniales ya que en éstas no se estipuló que cada cónyuge tendría la administración exclusiva de sus bienes y que realizarían toda clase de negocios con la exclusión del otro. Distinto al caso de autos, los cónyuges no se obligaron a mantener una separación absoluta de sus bienes y de los frutos de éstos. La sociedad de gananciales no fue descartada y, por los actos de los cónyuges, cobró vigencia por su propio efecto supletorio."'

[128] *Íd*. Pág. 966.

Con todo, a consecuencia de tal interpretación y evidenciada la insatisfacción[129] del Tribunal con el resultado de su decisión para unos cónyuges que acumularon un caudal común durante un largo matrimonio de veintiséis años, la Opinión mayoritaria pasó a examinar la posibilidad de que se hubiera constituido una comunidad de bienes con igual participación de los cónyuges en los bienes adquiridos durante el matrimonio, a la luz de la forma como condujeron su economía matrimonial. Para ello repasó los desarrollos de su previa doctrina jurisprudencial en materia de los efectos de la convivencia en las relaciones patrimoniales entre concubinos, bien como resultado del esfuerzo, la labor y el trabajo aportado conjuntamente, bien como resultado de un pacto expreso, a consecuencia del pacto implícito que genera la relación afectiva y económica de la pareja, o como solución justa para impedir que uno de ellos se enriquezca a costa del otro.[130]

El máximo foro judicial reiteró que estaba impedido de reconocer la existencia de una sociedad de legal de gananciales creada por la conducta de los cónyuges al realizar actos de administración y esfuerzo común. No obstante, sin justificación alguna, no consideró aplicable el régimen legal supletorio de gananciales ante la ineficacia de los capítulos matrimoniales en cuestión. Es inaceptable que desatendiera la voluntad de las partes para entender que su rechazo al régimen legal supletorio de primer grado tuvo el efecto de desplazar su aplicación, a pesar de que ello resultaba, al menos conceptualmente contradictorio con la determinación de atribuir a ese cuadro fáctico la activación de un régimen supletorio de segundo grado que no está concebido en el derecho puertorriqueño vigente.

---

[129] Ello resulta evidente de las siguientes expresiones: "Luego de analizar el derecho vigente en materia del régimen patrimonial del matrimonio y, en específico, el de las capitulaciones matrimoniales, nuestro sentido e idea de la justicia nos impiden despachar el caso de autos sin considerar otros aspectos que tocan la institución del matrimonio y los derechos de la mujer. Recordemos que "'[l]a equidad... implica más que una justicia abstracta una justicia individualizada, y más que una justicia estrictamente legal, una justicia de tipo natural y moral'". Castán Tobeñas, según citado en Cruz Cruz v. Irizarry Tirado, 107 D.P.R. 655, 660 (1978). La equidad, como se sabe, quiere decir algo que es justo. Silva v. Comisión Industrial, 91 D.P.R. 891, 898 (1965). No es justo ni lógico que, siendo la institución del matrimonio una favorecida por nuestro ordenamiento, Cosme v. Marchand, 121 D.P.R. 225, 234 (1988), no le ofrezcamos a la esposa que aporta trabajo y esfuerzo la misma protección que a la concubina respecto a los bienes adquiridos en el caso de una comunidad de bienes." *Íd*. Pág. 967.

[130] Sobre el particular debe examinarse Torres Vélez v. Soto Hernández, 189 D.P.R. 972 (2013); Rodríguez v. Moreno Rodríguez, 135 DPR 623 (1994); Ortiz de Jesús v. Vázquez Cotto, 119 D.P.R. 547 (1987); Caraballo Ramírez v. Acosta, 104 D.P.R. 474, 481 (1975); Cruz v. Sucn. Landrau Díaz, 97 D.P.R. 578, 585 (1969).

Por razones obvias, esta decisión generó una contundente opinión disidente e igualmente fue objeto de debate en el sector doctrinal.[131] FRATICELLI TORRES, por ejemplo, advirtió que la interpretación judicial podía estar desplazando el acuerdo de los contrayentes:[132]

> "Las mayores dificultades ante la inmutabilidad surgen cuando no se selecciona un régimen concreto o cuando sólo se descarta alguno, particularmente el de gananciales, que es el régimen supletorio. Si no existe expresión de los contrayentes sobre el régimen económico que prefieren para regular sus relaciones patrimoniales, la labor judicial se complica, pues, en aras de encontrar la solución, podrían estar sustituyendo la voluntad de las partes por el criterio judicial. En Puerto Rico, los casos de Umpierre, Domínguez y Cruz Ayala v. Rivera Pérez ponen de manifiesto estas dificultades."

La citada autora, al defender la permanencia de la sociedad legal de gananciales como régimen legal supletorio, plantea que es cuestión distinta la consideración de si debe aplicarse otro régimen con carácter supletorio cuando los cónyuges han rechazado el régimen ganancial. Su planteamiento parece acertado porque lo hizo desde una perspectiva jurídica distinta de la establecida por el Tribunal Supremo en su dictamen en el caso *Domínguez.* Al menos, en cuanto a la admisión del régimen de comunidad, lo sujetó a que la determinación partiera de una presunción de copropiedad en igual proporción de la participación en el caudal que hubiesen acumulado los cónyuges constante matrimonio:

> "Otra cuestión distinta es considerar si, rechazado el régimen de gananciales por los cónyuges, puede utilizarse un régimen distinto como supletorio, a saber, el régimen de separación de bienes, el de participación en las ganancias o el régimen de comunidad ordinaria. Podría, incluso, considerarse la adopción de la denominación acuñada en el caso de *Domínguez*, y admitir el régimen de comunidad atípica entre los cónyuges, sujeta a una presunción rebatible de titularidad compartida e igualitaria entre ambos comuneros sobre los bienes que haya acumulado el matrimonio." [133]

RAMOS BUONOMO, por su parte, resalta en su análisis la discusión sobre el planteamiento constitucional que el caso *Domínguez* no atendió, para afirmar que debió

---

[131] Véase, R. Serrano Geyls, Derecho de Familia de Puerto Rico y Legislación Comparada, Vol. I, San Juan, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, 1997, pág. 303.

[132] M. Fraticelli Torres, Examen Crítico y Nuevas Perspectivas del Régimen Patrimonial o Económico del Matrimonio, 63 Rev. Col. Abog. P.R. 21, 42 (2002).

[133] *Íd*. Pág. 62.

haberse impugnado la constitucionalidad de la prohibición de mutación del régimen económico matrimonial a partir de la idea de que es contraria al texto constitucional porque se fundamenta en una idea discriminatoria por razón de género. A esos efectos opina que la norma que imposibilita el cambio de régimen económico o su alteración constante matrimonio está fundamentada en "la creencia estereotipada del carácter débil y sumiso de la mujer frente al hombre, incluso su incapacidad para defender sus intereses".[134] En ese contexto trajo a colación los desarrollos jurisprudenciales que han establecido la inconstitucionalidad de las normas jurídicas que se fundamentan en ideas estereotipadas sobre la capacidad de la persona a base de su sexo y en las preconcepciones sociales sobre el rol que han de tener en el grupo familiar.[135] Este planteamiento hoy tiene mayor vigencia porque, aun cuando el texto constitucional tiene más de seis décadas, la normativa codificada arrastra tal idea en espera de acción legislativa.[136]

En su Opinión disidente el juez Negrón García afirma categóricamente: "La decisión mayoritaria es una interpretación jurídicamente insostenible que encierra consustancialmente una insalvable contradicción: de un lado articula un discurso apologético de los derechos de la mujer y del otro, en términos prácticos, les inflige una ruda estocada al dejar completamente subordinados sus intereses a los del marido".[137] Tal apreciación está fundamentada, primordialmente en el hecho de que el efecto práctico que tuvo la decisión tomada por el voto mayoritario del Tribunal Supremo fue dejar a la esposa recurrente sin el beneficio inmediato que importa la presunción de

---

[134] I. Ramos Buonomo, Derecho de Familia, 65 Rev. Jur. U.P.R 881, 887 (1996).

[135] *Íd*.

[136] *Íd*. Pág. 887. Su planteamiento se fundamenta en el siguiente precepto de la constitución de Puerto Rico:

> Artículo II §1. La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la ley. No podrá establecerse discrimen alguno por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas. Tanto las leyes como el sistema de instrucción pública encarnarán estos principios de esencial igualdad humana.

[137] Domínguez Maldonado y Santiago v. Estado Libre Asociado, *supra*, pág. 971. Muy probablemente la Opinión disidente se refería, en ese particular, a las siguientes expresiones vertidas en la Opinión mayoritaria, por voz de la Jueza Miriam Naveira, entonces única, y primera, mujer en llegar a ser miembro del Tribunal Supremo:

> "En fin, históricamente el Derecho ha sido instrumento forjador de cambios sociales. A través de la ley y de la jurisprudencia, se le ha facilitado a la mujer puertorriqueña la oportunidad de luchar por posiciones de igualdad y respeto en diversas áreas, sociales, económicas y familiares. Por lo tanto, ante una situación de desbalance, y a pesar de la inexistencia de una sociedad legal de gananciales, un tribunal no puede desatender los reclamos de una mujer envuelta en el quehacer económico de su cónyuge, con la salvedad de que dichos reclamos sean probados." *Íd*. Pág. 970.

igualdad de participaciones para los cónyuges que constituyen entre sí una comunidad de bienes. Ello como alternativa mínima, pues la Opinión disidente solo pasa a argumentar a favor de que se reconociera una comunidad de bienes entre los esposos recurrentes luego de abogar infructuosamente por la aplicación del régimen legal de sociedad de gananciales por tratarse de unos cónyuges que no eligieron un régimen económico en sus capítulos:

> "La doctrina exige que se establezca en las capitulaciones unas reglas *precisas y claras* sobre el régimen económico matrimonial. Sin esas reglas adviene supletoriamente el régimen de la sociedad legal de gananciales, pues el Legislador puertorriqueño ha querido que así se presuma, *no otro*. La deseabilidad de ese tratamiento como sistema económico primario matrimonial se trasluce del extenso y detallado articulado de nuestro Código Civil que delinea los perfiles de dicha figura jurídica." [138]

La opinión disidente se fundamenta, además, en que la mayoría del tribunal aplicó lo preceptuado en el Código Civil español, a los efectos de que existirá entre los cónyuges separación de bienes cuando hayan pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales y no hubiesen expresado las reglas por las cuales se regirán sus bienes, a pesar de que el Código civil puertorriqueño no dispone nada al respecto. Por esta razón la opinión disidente postula que tal mutismo legislativo debía interpretarse como un claro rechazo al reconocimiento de eficacia jurídica a una estipulación que meramente descarta la aplicación del régimen ganancial pero no establecía cuál régimen regiría la economía conyugal.[139]

---

[138] Domínguez Maldonado y Santiago v. Estado Libre Asociado, *supra*, pág. 972.

[139] La postura disidente defiende contundentemente la interpretación de que no hay tal laguna en el ordenamiento puertorriqueño sino un silencio legislativo intencional:

> "Ante estos antecedentes, la lógica y el sentido común nos mueve a interpretar que la Asamblea Legislativa expresó su voluntad de no seguir igual ruta cuando sólo se rechaza la sociedad de gananciales. De ese modo, dejó constancia de una valoración social distinta, consistente en no dar eficacia jurídica a dicha posibilidad en nuestro ordenamiento. En otras palabras, no permitió como causa suficiente en un contrato capitular el mero rechazo de la sociedad de gananciales. Estamos ante la ausencia de dicho contrato o, como consigna Manresa, uno *deficiente*. Es un acto de legislación impermisible adoptar el texto del Código Civil español. Corresponde a la Asamblea Legislativa, no a este Foro, esa u otra solución, incluso incorporar el más moderno concepto de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales.
>
> Ante esta realidad aplica el Art. 1267 de nuestro Código Civil, 31 L.P.R.A. sec. 3551, a los efectos de que sin capitulaciones, rige la sociedad de gananciales." Domínguez v. ELA, *supra*, pág. 973.

Además, la Opinión disidente correctamente resalta que en el Derecho puertorriqueño vigente no cabría hablar de separación de bienes entre unos cónyuges que, habiendo otorgado unas capitulaciones matrimoniales ineficaces a los fines de establecer el régimen económico matrimonial, quedan sometidos al régimen legal de gananciales. Ello porque la escasa normativa codificada sobre el régimen de separación de bienes adopta la premisa inarticulada de que, en defecto de que haya sido acordada expresamente, solo aplicará a situaciones extraordinarias o anormales que de ordinario ocurren en un escenario de distanciamiento o desavenencias entre los cónyuges y sólo porque cuando así se ruega por la parte solicitante.[140]

Como se adelantó, la postura disidente es la más adecuada. Resulta, como poco, inconsecuente, que el Tribunal Supremo haya estado tan dispuesto a sustituir el silencio del Código con un criterio legislativo ajeno a éste precisamente en el mismo caso donde no quiso abandonar el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial para no "invadir" la prerrogativa constitucional del legislador. Tal proceder es desacertado, sobre todo, en cuanto implica la incorporación por *fiat* judicial la posibilidad de que los cónyuges, con su conducta, modifiquen sus capítulos matrimoniales, a pesar de que simultáneamente rechazó sustituir el criterio legislativo que mantiene la prohibición de mutabilidad del régimen económico matrimonial.

La pauta establecida por el Tribunal Supremo en el caso *Domínguez* implica que unos cónyuges pueden regirse por el régimen de separación de bienes porque expresamente así lo acuerdan o porque en sus capítulos no estipularon el régimen que regiría la economía conyugal, pero rechazaron el régimen legal supletorio de primer orden. Esto último equivale, en efecto, a reconocer un régimen legal supletorio de segundo grado que no existe en la normativa codificada, pues el caso Domínguez fue resuelto, si bien tácitamente, siguiendo una interpretación que sustituye el criterio

---

[140] A esos efectos se apoya en lo afirmado por VÁZQUEZ BOTE en el sentido de que:

> "[D]ichas normas se producen para resolver situaciones anormales dentro del matrimonio. Y, otra posible solución existente en distintos ordenamientos, el recurso a las normas que en ellos se contienen acerca de la separación legal no tiene cabida en Derecho puertorriqueño, en que dicha separación carece de regulación. De ahí que como criterio demasiado vago sólo pueda recogerse la disposición general del art. 92 (pensado, dicho sea de paso, para situaciones muy distintas), que responde a un pensamiento de independencia en la administración, dominio y aprovechamiento, al cual debe añadirse un principio de proporcionalidad en las cargas comunes. (Énfasis suplido.) E. Vázquez Bote, Tratado teórico, práctico y crítico de derecho privado puertorriqueño, New Hampshire, Equity Publishing Co., 1973, T. XI, pág. 204." *Íd*. Pág. 973.

legislativo puertorriqueño que en su día optó por no incorporar la solución española, negando así su aval a tal acercamiento.

Más aun, aunque la posición doctrinal española mayoritaria le atribuye origen legal al régimen de separación de bienes en el supuesto del Art. 1.435 (2°) del Código civil español, algún sector de la doctrina reclama que en tal caso el régimen de separación de bienes también tiene, en esencia, origen convenido:[141]

> "En efecto, lo que los cónyuges determinan es que no quieren que rija entre ellos el régimen de sociedad de gananciales y como no puede haber matrimonio sin régimen económico matrimonial se impone el régimen de separación de bienes porque es el régimen legal supletorio de segundo grado. En realidad, no puede decirse que el régimen se imponga al margen de la voluntad de las partes porque son ellos los que han decidido excluir el de sociedad de gananciales, por eso, el régimen de separación de bienes sigue teniendo un origen convencional. No se ha aplicado directamente el régimen económico impuesto por la ley, sino que se les ha permitido elegir aquel sistema que las partes han considerado más propicio a sus intereses. Entonces, al partir de la premisa que las partes han rechazado el régimen legal supletorio de primer grado, es cuando tiene sentido manifestar que el régimen de separación de bienes tiene carácter legal porque la propia ley lo considera supletorio de segundo grado y, por tanto, aplicable a este supuesto."

Nótese que esa no puede ser la interpretación apropiada en el caso *Domínguez* porque en el derecho puertorriqueño, al no existir el régimen de separación de bienes como régimen legal supletorio de segundo grado, solo cabría hablar del régimen de separación de bienes de origen convencional. Es evidente que en el caso *Domínguez* no hubo tal acuerdo entre los cónyuges, sino que, por el contrario, la prueba demostró sobradamente el esfuerzo y las gestiones conjuntas de los cónyuges en beneficio de un caudal de bienes en común. Por eso, aunque se esté de acuerdo con la Opinión disidente, cuando afirma que el derrotero seguido por la mayoría es "*desacertado en Derecho y, más lamentable aún, INJUSTO*"[142], es más grave aún que el Tribunal Supremo se negara a resolver tal caso de manera más coherente con el estado de derecho vigente y con su doctrina previa. Para ello bastaba que aceptara que, en

[141] Ribera Blanes, *op. cit.*, pág. 824-825. La cita continúa afirmando que "De todas maneras, no debe desconocerse que, como bien ha señalado la doctrina, nos encontramos ante un supuesto más académico que real [DÍEZ-PICAZO (2004), p. 216; MONTÉS PENADÉS (1984), p. 1.921]. Al respecto, ha afirmado LASARTE ÁLVAREZ [(2002), p.265] que el Notario repudiará este supuesto por ser extravagante. Sin embargo, se ha de subrayar con ÁLVAREZ OLALLA que sí sería factible que los cónyuges se limitasen a pactar en escritura pública, la disolución de la sociedad de gananciales."

[142] Domínguez v. ELA, *supra*, pág. 971.

ausencia de una eficaz selección del régimen económico matrimonial, se activó el régimen legal supletorio de gananciales por efecto de ley. Tal interpretación le hubiera permitido dar una solución justa al caso que tenía ante sí, a la misma vez que evitaba establecer una pauta que, a todas luces, resulta cuando menos cuestionable.

Para SERRANO GEYLS, tanto en *Umpierre Del Valle v. Torres Díaz* como en *Domínguez Maldonado y Santiago v. Estado Libre Asociado*, el Tribunal Supremo cometió el mismo grave error al reconocer validez a unos capítulos matrimoniales cuyos contrayentes no estipularon el régimen patrimonial del matrimonio, cuando lo procedente era simplemente recurrir a la aplicación supletoria del régimen legal de sociedad ganancial.[143] A juicio de este importante jurista puertorriqueño, el Tribunal Supremo, mediante la solución dada a los mencionados casos, "ha establecido el peor sistema de mutabilidad que pueda existir: sin consentimiento expreso ni escritura pública, sin inscripción registral, sin intervención judicial y sin períodos de espera, y determinado sólo por la conducta de los cónyuges".[144]

Esta postura se fundamenta en el hecho de que, a la luz de las manifestaciones del Tribunal Supremo en el propio caso *Domínguez*, los capítulos matrimoniales, como convenios celebrados en atención al matrimonio con el fin principal de fijar el régimen al que someten su actividad patrimonial, deberían expresar afirmativamente el régimen que regulará la economía conyugal. Lo entiende así el citado autor por exigencia del Artículo 1267 del Código Civil de Puerto Rico que establece que quienes se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, *estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros*. Por ello considera que, de no hacerlo, para los cónyuges entra en vigor inescapablemente el mandato contenido en el último párrafo del referido artículo que establece: *a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales*. Es decir, unas capitulaciones matrimoniales tales no deben surtir efectos de establecer el régimen económico matrimonial, por lo que su consecuencia inevitable es la activación de lo preceptuado en el artículo 1267: que el matrimonio se entiende contraído bajo el régimen de sociedad legal de gananciales como régimen legal supletorio. Por esta razón SERRANO GEYLS considera que la prohibición expresa de que se haga vigente el régimen de sociedad legal de gananciales

[143] Serrano Geyls, *op. cit.*, pág. 303.
[144] *Íd*. Pág. 304.

convenida por los contrayentes no es suficiente para excluir tal régimen si los capítulos matrimoniales no contienen cláusulas que establezcan el régimen económico matrimonial. A su juicio, ese y no otro resultado lo exige la doctrina jurisprudencial previa cuando establece que las capitulaciones matrimoniales deben ser "claras y precisas".[145]

Sobre la solución dada al caso Domínguez, SERRANO GEYLS mantiene que la Opinión mayoritaria parte de la equívoca premisa de que la norma de mutabilidad supone que no haya cambio en ninguna cláusula capitular durante el matrimonio y que por ello concluye que la cláusula en la que se estipula expresamente la exclusión del régimen de gananciales no puede modificarse por las actuaciones de los cónyuges para activar la vigencia de dicho régimen económico porque ello sería violatorio del principio de mutabilidad de los capítulos. No está de acuerdo con tal interpretación porque entiende que reconocer la existencia de una sociedad de gananciales entre los esposos recurrentes en el caso *Domínguez* no implicaba mutabilidad puesto que lo que se prohíbe es que se cambie durante el matrimonio el régimen adoptado en las capitulaciones, y no el régimen excluido si no se han acordado normas que afirmativamente rijan la actividad económica del matrimonio.

De ahí que concluya que si no hay régimen económico adoptado en las capitulaciones matrimoniales ni existe, como es el caso en el Derecho puertorriqueño, precepto equivalente al artículo 1435 (2°) del Código Civil español, debe aplicar por fuerza el régimen legal supletorio de sociedad de gananciales en virtud de lo dispuesto en el artículo 1267 del Código Civil de Puerto Rico. A su juicio, el errado enfoque de la opinión mayoritaria llevó al Tribunal Supremo a la indefendible decisión de negar a la esposa recurrente la plena participación en los bienes gananciales porque aplicó el régimen económico desarrollado para determinar los efectos patrimoniales de la convivencia concubinaria al muy distinto escenario de la determinación del régimen económico matrimonial. Así, se decanta por el criterio disidente y afirma que "*en derecho, más que de hecho*," nació en el matrimonio de los esposos recurrentes la sociedad de bienes gananciales desde que lo celebraron sin expresar en los capítulos

[145] *Íd*. A esos efectos cita concretamente el caso Vilariño que fue discutido exhaustivamente en otro apartado de este trabajo.

matrimoniales el régimen económico al que se sometían y no, por sus actuaciones patrimoniales constante matrimonio.[146]

### 3.2. Adopción de un régimen económico mixto

En *Guadalupe Solís v. González Durieux*,[147] el Tribunal Supremo reiteró que los otorgantes de los capítulos matrimoniales pueden someter su economía conyugal a un régimen económico mixto que combine elementos de la sociedad ganancial y elementos de la separación de bienes. En ese caso los futuros cónyuges pactaron al inicio de sus capitulaciones que su matrimonio se regiría por el régimen de separación absoluta de bienes e incluyeron en la escritura capitular las siguientes cláusulas:

> PRIMERO: Que es la intención de los comparecientes contraer matrimonio entre sí y que con motivo de dichas nupcias desean otorgar las siguientes capitulaciones matrimoniales.
>
> SEGUNDO: Que los comparecientes desean mantener separadamente la propiedad y administración de todos sus respectivos bienes y futuros.
>
> TERCERO: Que los comparecientes estipulan que su matrimonio no estaría sujeto al régimen de la sociedad legal de gananciales provista en el Código Civil de Puerto Rico, ni sus bienes presentes o futuros.

También estipularon, entre otras cosas, que ambos cónyuges tendrían la libre administración de sus respectivos bienes propios y podrían disponer de ellos sin intervención, limitación ni necesidad de consentimiento alguno. No obstante, luego de la aceptación, las advertencias y la lectura de las capitulaciones matrimoniales, los otorgantes decidieron incluir la siguiente cláusula:[148]

> EN ESTE ACTO, los comparecientes desean añadir que en lo sucesivo, cualesquiera bienes muebles o inmuebles que puedan adquirir las partes, luego de celebrado el matrimonio, se regirá por el régimen de la sociedad legal de gananciales.

La inclusión de esta cláusula no implicó la alteración de las disposiciones previamente redactadas en el documento. Eventualmente, y con motivo del divorcio de

---

[146] *Íd*. Pág. 304.

[147] Guadalupe Solís v. González Durieux, 172 D.P.R. 676 (2007).

[148] *Íd*. Pág. 679.

dichos cónyuges, se puso en controversia si el régimen de sociedad de gananciales adoptado en la última cláusula de los capítulos alcanzaba también los frutos de los bienes privativos de los cónyuges adquiridos antes del matrimonio. El Tribunal Supremo respondió en la negativa.[149]

El planteamiento del recurrente, en concreto, fue que el lenguaje añadido al final de las capitulaciones matrimoniales "tuvo el limitado efecto de mantener un régimen cuasi ganancial bajo el cual 'en lo sucesivo cualesquiera muebles e inmuebles que puedan adquirir las partes luego de celebrado el matrimonio se regirá por el régimen de la sociedad legal de gananciales ...' y que la intención de las partes fue la separación de los bienes adquiridos previo al matrimonio, excluyendo también del carácter ganancial pactado con respecto a los bienes que se adquirieran durante el matrimonio los frutos, las rentas y los incrementos en valor o plusvalía de los bienes privativos".[150]

Ante ese panorama, el Tribunal Supremo se decantó por una interpretación amplia y flexible del alcance de la voluntad de las partes, específicamente en cuanto a la posibilidad de pactar un régimen económico mixto. Por la importancia del dictamen para el planteamiento que se viene desarrollando, se discuten detalladamente los fundamentos esgrimidos por el más alto foro citándole *in extenso*:[151]

> "Como las capitulaciones matrimoniales constituyen contratos, en su preparación rige el principio de libertad de contratación. Este principio reconoce la autonomía de los contratantes y permite que éstos establezcan toda clase de pactos, cláusulas y condiciones. Véanse: Art. 1207 del Código Civil, 31 L.P.R.A. sec. 3372; Gil v. Marini, supra. Dicha voluntad contractual, aunque no es absoluta, tiene como único límite no estipular nada que contravenga las leyes, la moral, el orden público ni los fines del matrimonio. Véanse: Maldonado v. Cruz, supra; S.L.G. Irizarry v. S.L.G. García, 155 D.P.R. 713 (2001); Umpierre v. Torres Díaz, 114 D.P.R. 449 (1983).
>
> En efecto, el contrato de capitulaciones matrimoniales permite "regular los derechos de los esposos sobre sus bienes respectivos; los derechos sobre las ganancias realizadas por ellos durante su unión; los

[149] *Íd*. Pág. 680.

[150] *Íd*. Pág. 682.

[151] *Íd*. Pág. 683. Véase también, *Ab Intestato* Saldaña Candelario, 126 D.P.R. 640 (1990), caso en el que el Tribunal Supremo de Puerto Rico reitera el principio de la autonomía de la voluntad de los otorgantes de las capitulaciones matrimoniales, sujeto únicamente a que los pactos, cláusulas y condiciones no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, ni depresivos de la autoridad conyugal. Aunque en este caso no se estaba juzgando el contenido propiamente de alguna cláusula, sino el efecto de someter el matrimonio al régimen de separación de bienes, el Tribunal resuelve que ello no constituye una renuncia -expresa o tácita- al derecho de usufructo viudal.

> intereses de los hijos y de la familia; los intereses de los terceros que contratan con uno u otro de los esposos, y, en definitiva, el interés económico y social del matrimonio". (Énfasis nuestro.) Maldonado v. Cruz, supra, pág. 16. Véanse: Gil v. Marini, supra; Domínguez Maldonado v. E.L.A., 137 D.P.R. 954, 960 (1995).
>
> Al ejercer dicha facultad, los futuros cónyuges pueden optar por diversos regímenes económicos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, tales como: (a) la total separación de bienes; (b) la separación de bienes, pero con una participación en las ganancias; (c) la Sociedad Legal de Gananciales; (d) renunciar al régimen legal de gananciales, o (e) cualquier otro régimen que combine estas posibilidades, siempre que no infrinja la ley, la moral o las buenas costumbres. Domínguez Maldonado v. E.L.A., supra; Umpierre v. Torres Díaz, supra.
>
> Cabe recordar que para contraer matrimonio bajo el régimen de la Sociedad Legal de Gananciales "basta con guardar silencio y no estipular nada o estipularlo expresamente". Maldonado v. Cruz, supra, pág. 17. Ello porque la ley establece que dicho régimen suple la falta de capitulaciones o la falta de validez o eficacia de las que en efecto se otorguen. Véase Art. 1267 del Código Civil, supra."

Apoyándose en la importancia decisiva que tiene el contrato capitular en el desplazamiento del régimen legal supletorio de primer grado, la Opinión mayoritaria reafirmó la necesidad de que el contenido sea diáfano y puntual, y que sea interpretado estrictamente. No obstante, reconoció que en ocasiones, al igual que cualquier contrato, el pacto capitular requiere interpretación. En ese sentido refirmó la doctrina jurisprudencial previa que reclama tal facultad exclusivamente para el criterio judicial, y siempre de conformidad con los cánones hermenéuticos de la normativa contractual preceptuados en el Código Civil. A esos efectos invocó, además, las pautas jurisprudenciales previas en las cuales se ha recurrido a la normativa codificada afirmativa de que cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de las partes, se utilizará el sentido literal de sus cláusulas. También, en apoyo de su conclusión, adelantó la defensa de la norma que ordena que cuando no sea posible conocer la voluntad de los contratantes por la letra de lo acordado, porque quepa atribuirle a ésta varios sentidos, deberá darse por entendido el sentido más adecuado para que produzca efecto.[152] Advirtió, sin embargo, que "*la interpretación que se realice tiene que ser cónsona con el principio de la buena fe y no puede llevar a resultados incorrectos, absurdos e injustos. S.L.G. Irizarry v. S.L.G. García, supra; Municipio de Mayagüez v. Lebrón, 167 D.P.R. 713 (2006). Por eso, las cláusulas de un*

[152] *Íd.* Pág. 684. (Artículos 1233, 1236 del Código Civil, 31 L.P.R.A. sec. 3471, 3474; citando con aprobación a Trinidad v. Chade, 153 D.P.R. 280 (2001)).

*contrato deberán interpretarse de manera integral y no aisladamente, buscando su verdadero sentido y atendiendo a la interpretación de unas cláusulas con relación a otras*".[153]

Luego de exponer la citada doctrina, el Tribunal Supremo la aplicó a los hechos concretos que tuvo ante sí con el fin de determinar el régimen económico que los cónyuges seleccionaron para regir su economía conyugal. Comenzó por afirmar que el señor González Durieux reconoció que el régimen económico que originalmente intentó estipular mediante las capitulaciones matrimoniales fue el de la absoluta separación de bienes presentes y futuros, pero que mediante la inclusión de la cláusula final cedió parcialmente y accedió a reconocer a su futura esposa participación en los bienes que en el futuro adquirieran constante matrimonio. No obstante, validó el argumento de que el recurrente nunca consintió a compartir con su esposa los frutos de sus bienes privativos, como preceptúa la normativa ganancial para el caso en el que los esposos no pacten válidamente régimen económico alguno.

También reconoció el Tribunal Supremo que la señora Guadalupe Solís adujo que el régimen que regía su matrimonio era el de la Sociedad Legal de Bienes Gananciales para todos los efectos legales, por entender que en el contrato de capitulaciones matrimoniales no se condicionó ni limitó el efecto del régimen de gananciales sobre los bienes privativos adquiridos previo al matrimonio, por lo que no debía reconocérsele tal efecto a lo pactado. No obstante, rechazó tal postura y determinó que le asistía la razón al recurrente señor González Durieux, a pesar de que los foros inferiores determinaron que las estipulaciones incluidas en las capitulaciones matrimoniales en controversia eran contradictorias y que la cláusula final añadida reflejaba lo último que los otorgantes acordaron. Revocó entonces la determinación de que el régimen de la Sociedad Legal de Bienes Gananciales regía el matrimonio y concluyó que los foros inferiores erraron al hacer prevalecer una sola cláusula frente a las demás, en vez de interpretarlas armónicamente con el fin de validar la verdadera intención de los contratantes de establecer un régimen económico combinado.

Al fundamentar tal decisión, el Tribunal señaló que en ese caso no había controversia sobre la vigencia del régimen ganancial respecto al patrimonio adquirido

[153] *Íd*. Pág. 685. Tales expresiones las apoya en el Artículo 1237 del Código Civil, 31 L.P.R.A. sec. 3475; CNA Casualty of P.R. v. Torres Díaz, 141 D.P.R. 27 (1996); Cervecería Corona v. Commonwealth Ins. Co., 115 D.P.R. 345 (1984).

constante matrimonio, pero sí en torno a si tal régimen alcanzaba también los frutos de los bienes privativos adquiridos antes del matrimonio. Por ello, aclaró las consecuencias concretas de ambas soluciones.[154] Luego, pasó a interpretar lo estipulado en la cláusula segunda de la parte expositiva del contrato de capitulaciones matrimoniales en cuestión, la cual dispuso que los otorgantes pretendían mantener separadamente la propiedad y administración de todos sus respectivos bienes presentes y futuros. Entendió que quedó enfatizado en la cláusula siguiente con el rechazo taxativo al régimen legal supletorio de gananciales. De ahí que entendiera que de tal lenguaje se deducía claramente que, en ese momento, los otorgantes estipularon una total separación de los bienes que habían adquirido antes del matrimonio, así como de los que adquirieran constante matrimonio.

En ese caso particular, no obstante, este no fue el único lenguaje acordado. Luego de que los otorgantes solicitaran poder hablar privadamente, pidieron a la notaria la inclusión de una cláusula para establecer que "*en lo sucesivo, cualesquiera bienes muebles o inmuebles que puedan adquirir las partes, luego de celebrado el matrimonio, se regirá por el régimen de la sociedad legal de gananciales*". El Tribunal concluyó que al examinar esa estipulación de conformidad con el mandato hermenéutico que requiere interpretación integrada de la voluntad contractual de las partes, aquella no tuvo la consecuencia de invalidar todas las demás estipulaciones contenidas en el contrato capitular. Más aún, entendió que al incluir esa cláusula las partes contratantes quisieron modificar lo acordado previamente, de tal forma que se le diera naturaleza ganancial a los bienes adquiridos constante matrimonio, pero no así a los frutos, rentas o intereses de los bienes adquiridos antes del matrimonio.[155]

Tal interpretación está fundamentada en una alta valoración del principio de autonomía de la voluntad de los otorgantes de los capítulos matrimoniales. Es plausible porque si no hubiesen tenido la intención de que la estipulación capitular significara separar los bienes que cada cónyuge tenía con anterioridad al matrimonio y sus frutos, rentas o intereses, no había razón para capitular. Ese hubiese sido el resultado de todas formas por efecto del régimen legal supletorio ganancial. Ello abonó a que el Tribunal concluyera que, al capitular de la referida manera, los otorgantes estaban manifestando

[154] *Íd*. Pág. 686. En ese sentido repasa que, según la normativa puertorriqueña vigente, los bienes que tienen los cónyuges al momento en que contraen matrimonio son bienes privativos pero, los frutos, rentas o intereses devengados de ellos pertenecen al caudal ganancial. Por ende, para que no sea así, es necesario someter al matrimonio al régimen de separación de bienes mediante un contrato capitular.

[155] *Íd*. Pág. 688.

una voluntad ulterior a lo que el régimen legal supletorio establecía para ellos, entiéndase que "*ese algo más son los frutos o incrementos en valor procedentes de los bienes privativos de cada cónyuge*".[156] A ello también se sumó el apoyo de la prueba vertida por los excónyuges que avalaba la interpretación de que pretendieron moldear en sus capítulos matrimoniales un régimen económico mixto que evidentemente combinaba principios de ganancialidad con normas del régimen de separación de bienes.[157]

Como puede colegirse, lo anterior avala la idea de que los futuros cónyuges, al capitular, no están constreñidos a adoptar el régimen de separación de bienes, sino que la libertad de elección es muy amplia. Esta afirmación no sólo justificada por las decisiones del Tribunal Supremo citadas, sino también por el tenor literal de los preceptos aludidos y por el hecho de que al calificar las capitulaciones matrimoniales como contrato sus únicos límites son los establecidos por el propio Código: a saber, la ley, la moral y el orden público. En particular, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico ha señalado que están prohibidos en las capitulaciones matrimoniales los pactos contrarios a la naturaleza y a los fines del matrimonio; los que inciden en la libertad y en los derechos individuales de los cónyuges; los que son contrarios a los preceptos legales de carácter prohibitivo o imperativo, y los que deprimen la autoridad que "respectivamente corresponde" a los futuros cónyuges en la familia.

No obstante, y como se abunda unos párrafos más adelante, en este caso no era necesario entrar a valorar la intención de las partes otorgantes porque el texto del contrato capitular era suficientemente claro para demostrar la voluntad expresada. Ello no obsta, sin embargo para que pueda reconocerse que, más allá de las consecuencias

---

[156] *Íd*. Pág. 689.

[157] *Íd*. Págs. 689-690. Así lo demuestra la referencia en la Opinión al testimonio de los esposos: "Por un lado, el señor González Durieux testificó que cuando se firmó el documento, "[l]a cuestión era mantener lo que eran bienes privativos [,] mantenerlos fuera de todo", aun cuando entendía que, después de contraer matrimonio, la sociedad de gananciales regiría en caso de que compraran una casa o un apartamento. Apéndice del Alegato de la peticionaria, pág. 14. De acuerdo con ello, sostuvo que entendía que si "eran bienes privativos[,] sigue[n] siendo bienes privativos". … Por otro lado, la señora Guadalupe Solís sostuvo que su intención fue que todos lo "bienes futuros" se rigieran por el régimen legal de la sociedad conyugal. Al no controvertir lo expresado por el señor González Durieux en cuanto a mantener separado todo lo relativo a los bienes privativos, entendemos que su testimonio es compatible con lo que plantea el señor González Durieux. De hecho, la señora Guadalupe Solís declaró que, tras la inclusión de la cláusula final, firmó las capitulaciones porque la escritura le pareció aceptable en su totalidad. De acuerdo con lo anterior, tampoco podemos endosar el dictamen recurrido, que por no incluir ninguna condición o limitación expresa al régimen ganancial pactado, ni siquiera consideró la posibilidad de que se hubiera estipulado un régimen económico combinado."

que tiene la pauta establecida para estos excónyuges en particular, la afirmación de un amplio alcance para la autonomía de la voluntad de los entonces futuros cónyuges resulte de cardinal importancia para la tesis que se viene desarrollando en este trabajo.

Es importante acotar que el dictamen del Tribunal Supremo en el citado caso no fue unánime, pues hubo una contundente Opinión disidente fundamentada, principalmente, en la doctrina que postula la interpretación restrictiva en materia de capitulaciones matrimoniales. Así, la jueza ponente consideró que la Opinión mayoritaria rechazó la letra clara del contrato capitular en aras de validar la intención de uno de los otorgantes aunque, a su juicio, ello no estuvo demostrado por la prueba recibida que más bien reflejó que no hubo tal intención común. Más aún, citando extensa doctrina española, afirmó la naturaleza ganancial del producto de los bienes privativos de cada una de las partes que el Código Civil incluye expresamente entre los bienes que se perciben o se devengan constante matrimonio si están sujetos al régimen ganancial. Por su contundencia y claridad, se cita *in extenso*:[158]

> "Dentro del régimen de libertad que impera en nuestro sistema de contratación, las capitulaciones matrimoniales admiten toda clase de condiciones que no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público. Artículo 1267 del Código Civil, 31 L.P.R.A sec. 3551. En el pasado hemos resuelto que los novios pueden: ... mantener el régimen legal regulando las aportaciones de bienes y estableciendo aquellos pactos autorizados y compatibles con dicho sistema; ... eliminar totalmente el régimen legal, ya simplemente pactando que no regirá la sociedad legal de gananciales o estableciendo "un nuevo sistema ... y ... combinar diferentes regímenes, siempre que no se violen los preceptos prohibitivos generales o las prohibiciones especiales impuestas por ley para el régimen que como fundamental se haya pactado. Umpierre v. Torres Díaz, 114 D.P.R. 449, 461 (1983).
>
> Ya hemos dicho que "la existencia de capitulaciones matrimoniales no impide ni excluye la existencia de un régimen legal de gananciales"; incluso se ha resuelto que no hay disposición legal alguna que prohíba que en las capitulaciones pueda estipularse el régimen de gananciales. Umpierre v. Torres Díaz, supra, pág. 461. Los futuros cónyuges gozan de una amplísima libertad para pactar el sistema económico que crean conveniente; por ello, las cláusulas que contengan las capitulaciones deberán expresar claramente las condiciones especiales a las que estarán sujetos los bienes que se adquieran durante el matrimonio. A falta de pacto, e incluso a falta de expresión sobre las reglas que regirán la economía matrimonial, se entenderá que el sistema económico del matrimonio es la Sociedad Legal de Gananciales. Íd. Por tal razón, este

[158] *Íd*. Pág. 692.

Tribunal ha expresado que las disposiciones del contrato de capitulaciones "deben ser claras y precisas y a esos efectos deben interpretarse estrictamente en todo lo que afecten el régimen de la referida sociedad". Vilariño Martínez v. Registrador, 88 D.P.R. 288, 293 (1963).

En nuestro ordenamiento rige aún el principio de inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales luego de celebrado el matrimonio. Arts. 1271 y 1272 del Código Civil, 31 L.P.R.A. secs. 3555 y 3556. Sin embargo, sobre el alcance de este principio acogimos la postura de Manresa en cuanto a que "[n]o existe alteración... en la simple interpretación racional de cláusulas legalmente estipuladas", facultad que se ha delegado exclusivamente a la función judicial. (Énfasis en el original suprimido y énfasis suplido.) Vilariño Martínez v. Registrador, supra, pág. 294.

En el caso ante nuestra consideración, los cónyuges pactaron que "cualesquiera bienes muebles o inmuebles que puedan adquirir las partes, luego de celebrado el matrimonio, se regirá por el régimen de sociedad legal de gananciales". En su Artículo 1295, nuestro Código Civil brinda una definición general de lo que implica la sociedad ganancial y dispone que, al disolverse el matrimonio, los cónyuges harán suyos por mitad "las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio". 31 L.P.R.A. sec. 3621. De acuerdo con Puig Brutau, en esta comunidad de ganancias o de adquisiciones a título oneroso:

...se hacen comunes todos los bienes adquiridos durante el matrimonio a costa del trabajo de cualquiera de los cónyuges o de los frutos de su respectivo caudal privativo. Comprende, pues, las rentas de los esposos, los productos de su trabajo, las economías hechas con estas rentas o productos y las adquisiciones a título oneroso realizadas durante el matrimonio.

Partiendo del sentido de la sociedad de gananciales y del significado que el citado precepto legal le da, Vázquez Bote señaló que "no se puede hablar de gananciales cuando no hay frutos o ganancias propiamente dichos...". (Énfasis suplido.) E. Vázquez Bote, Tratado teórico, práctico y crítico de derecho privado puertorriqueño, New Hampshire, Butterworth Legal Publishers, 1993, pág. 199 esc. 25. A estos efectos, el Artículo 1301 de nuestro Código Civil enumera aquello que será considerado bienes o ganancias adquiridas durante el matrimonio, y reconoce entre ellos, en su inciso tercero, "[l]os frutos, rentas, o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges". 31 L.P.R.A. sec. 3641."[159]

[159] *Íd.* Pág. 696. Sobre este particular la Opinión Disidente cita con afirmación las expresiones de RAMS ALBESA a los siguientes efectos: "... en la medida en que el comportamiento económico del matrimonio genera una reacción de ahorro-inversión en el que tiene su origen la masa ganancial, la problemática de los rendimientos adquiere, por modesta que sea, el primer plano en el interés del complejo entramado de relaciones que configuran la sociedad de gananciales, pues en esta fuente, económicamente secundaria, se encuentran en embrión, pero perfectamente caracterizados, todos los elementos que deben ser estudiados con mayor atención en los epígrafes destinados a la administración y gestión de la sociedad". Rams Albesa, *op. cit.*, La Sociedad de Gananciales, pág. 122.

Es importante destacar que la Opinión Disidente en este caso reconoce la discusión doctrinal concerniente a la capacidad en la que dichos frutos, rentas e intereses forman parte del caudal ganancial, pues de un lado se ha afirmado que existe un usufructo o cuasiusufructo de los bienes privativos de los cónyuges a favor de la sociedad conyugal y, de otro, se postula que el haber de la sociedad conyugal adquiere dichos frutos, rentas e intereses, cuyo rendimiento se repartirá al disolverse el matrimonio, configurándose en ese momento el derecho dominical de los cónyuges sobre estos.

Sobre la fundamentación antes discutida la Opinión Disidente no vacila en concluir que debió aplicarse la interpretación restrictiva al contrato de capitulaciones matrimoniales porque si bien quedó claro que los contrayentes rechazaron en sus capitulaciones matrimoniales el régimen legal supletorio de Sociedad Legal de Bienes Gananciales y pactaron la absoluta separación de bienes, no es menos cierto que también instituyeron la Sociedad Legal de Bienes Gananciales como régimen económico respecto a los bienes adquiridos durante el matrimonio. Fue más lejos para afirmar que aunque, en efecto, se pactó la separación de bienes privativos, así como su administración y disposición, ello no debería establecer alguna diferencia porque son supuestos dentro del sistema de ganancialidad, aunque no se hubiera pactado así.

Sin duda, las capitulaciones en cuestión fueron diáfanas al establecer el régimen de gananciales para los bienes muebles e inmuebles adquiridos durante el matrimonio y ello debe escrutarse al crisol de la plena libertad de los entonces futuros cónyuges para haber pactado de forma distinta. Siendo ello así, parece que al no hacerlo la pareja anticipó que no tenía objeción a que entrara en efecto la normativa sobre la sociedad de gananciales para la totalidad de los bienes adquiridos durante el matrimonio. En ese sentido hay que decantarse por la postura disidente que acogió lo aseverado por SCAEVOLA: "*Los esposos futuros pueden convenir el régimen por el que ha de gobernarse su sociedad conyugal, elegido uno en concreto —ahora el de gananciales— se ha de aceptar con todas sus consecuencias; con el pleno acatamiento de la normativa legal referente al mismo*".[160]

[160] *Íd*. Pág. 702. Además, nos parece pertinente señalar que la Opinión Disidente documenta sobradamente que la prueba presentada en el Tribunal de Primera Instancia apoya su conclusión:

### 3.3 Modificación del régimen adoptado por la conducta de los cónyuges

En *Maldonado v. Cruz Dávila*,[161] el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de revisitar la discusión generada por la alegación de que la conducta de los cónyuges al comportarse como una sociedad ganancial en su actividad económica matrimonial varió el régimen económico. Valga señalar que el génesis de la controversia fue que la normativa codificada sobre capitulaciones matrimoniales nada provee en particular sobre la validez de una estipulación que excluya la responsabilidad de un cónyuge por la obligación alimentaria de los hijos menores del otro. Ese vacío legislativo, a su vez, coexiste con la norma del Artículo 1308 (5º)[162] del Código civil puertorriqueño que, como parte de las cargas y obligaciones de la sociedad legal de gananciales le impone a

---

> "A pesar de lo anterior, el Tribunal de Primera Instancia entendió necesario celebrar una vista evidenciaria para dilucidar la controversia sobre la intención de las partes. En ésta, el Sr. González Durieux aceptó que todo lo que se acumulara durante el matrimonio sería de naturaleza ganancial. La notario que autorizó la escritura de capitulaciones manifestó haberle advertido a la pareja que si se incluía la cláusula que establecía el régimen ganancial para los bienes adquiridos durante el matrimonio, "daba lo mismo si la firmaban o no la firmaban, porque prácticamente quedaban en sociedad legal de gananciales" y que no necesitaban firmar la escritura para establecer el régimen económico que habían configurado. La notario explicó que el Sr. González Durieux hizo las capitulaciones para separar los bienes que ya tenía de los que se adquirieran durante el matrimonio. Al cabo de esta vista, el Tribunal de Primera Instancia entendió que el régimen económico del matrimonio González-Guadalupe era el ganancial o de adquisiciones a título oneroso, postura que avaló el Tribunal de Apelaciones. Aunque, según he expuesto, no coincido con sus fundamentos, confirmaría la sentencia que reconoció la existencia de la Sociedad Legal de Bienes Gananciales y, por lo tanto, la naturaleza ganancial del producto de los bienes privativos de cada una de las partes que son incluidos expresamente por el Código Civil entre los bienes "percibidos o devengados durante el matrimonio" que están sujetos al régimen ganancial. Art. 1301 del Código Civil". *Íd*.

[161] Maldonado v. Cruz, 161 D.P.R. 1 (2004).

[162] Artículo 1308, Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A. sec. 3661. El precepto es parte de la normativa que regula las cargas y obligaciones de la sociedad ganancial y dispone lo siguiente:

> Serán de cargo de la sociedad de gananciales:
>
> 1. Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges.
>
> 2. Los atrasos o réditos devengados durante el matrimonio, de las obligaciones a que estuviesen afectos así los bienes propios de los cónyuges como los gananciales.
>
> 3. Las reparaciones menores o de mera conservación hechas durante el matrimonio en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges. Las reparaciones mayores no serán de cargo de la sociedad.
>
> 4. Las reparaciones mayores o menores de los bienes gananciales.
>
> 5. El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de cualquiera de los cónyuges.
>
> 6. Los préstamos personales en que incurra cualquiera de los cónyuges.

ésta la responsabilidad por el sostenimiento de los miembros de la familia y la educación de los hijos, tanto los que tienen en común los esposos como los individuales de cualquiera de ellos. Ello dio lugar a que en múltiples ocasiones los tribunales de Puerto Rico se enfrentaran a la interrogante de si debía mantenerse la validez de una cláusula eximente de tal responsabilidad pactada en unas capitulaciones matrimoniales debidamente otorgadas o si, por el contrario, la voluntad de las partes debía ceder ante el interés estatal de proteger el derecho de alimentos de los hijos menores de edad.

Enfrentado a esa controversia, el Tribunal Supremo resolvió que si los cónyuges estipulan la total separación de sus bienes, como no existe sociedad de gananciales, los ingresos del cónyuge del alimentante no pueden tomarse en cuenta para computar el monto de la pensión. No obstante, el cónyuge del alimentante es parte indispensable en el pleito, pues sus intereses podrían estar afectados si los capítulos resultaran ineficaces; si bien deberá ser excluido inmediatamente si el tribunal concluyera que los cónyuges estipularon válidamente la inexistencia de la sociedad legal de gananciales al optar por el régimen de separación de sus respectivos patrimonios.

Pero, distinto al caso *Domínguez*, en *Maldonado* se trataba de unos cónyuges que habían pactado expresamente en sus capitulaciones matrimoniales que se sometían al régimen de separación de bienes, además de haber rechazado el régimen legal supletorio ganancial. Este importante dictamen del caso *Maldonado*, que se discute más extensamente en otro apartado de este trabajo, porque es particularmente importante en ese otro contexto, comienza por aclarar un pronunciamiento previo del Tribunal Supremo en el cual se reconoció que en todo pleito de alimentos el nuevo cónyuge del padre o madre alimentante tiene que incluirse como parte indispensable, aunque se trate de un matrimonio sometido al régimen económico de separación de bienes.[163]

Tal referencia es importante porque entonces el Tribunal Supremo rechazó entender en los méritos de la controversia sobre si ambos cónyuges debían compartir la obligación de alimentos respecto a los hijos menores de edad que no eran hijos comunes, indistintamente del régimen económico matrimonial al que sometieran su matrimonio. En esa ocasión se resolvió el recurso por vía de un aspecto procesal, pues se determinó que la esposa del padre alimentante era parte indispensable porque tenía derecho a defender en corte sus intereses ante el potencial efecto patrimonial que tendría

[163] Maldonado v. Cruz, *supra*, pág. 23, refiriéndose a lo resuelto previamente en Cepeda Torres v. García Ortiz, 132 D.P.R. 698 (1983).

la determinación de que se utilizaran sus ingresos para propósitos de fijar el monto de la obligación alimentaria del padre alimentante.

Así, el Tribunal reiteró que su doctrina jurisprudencial previa se limitó a adjudicar la necesidad de que la esposa del padre alimentante fuese traída al pleito como parte indispensable, pues entendió que la garantía del debido proceso de ley así lo exigía para protegerle con las normas aplicables al emplazamiento y la debida notificación de los procedimientos. En virtud de ello, la Opinión mayoritaria reafirmó que el nuevo cónyuge es merecedor de una oportunidad procesal real y efectiva donde pueda ejercer su derecho a demostrar la eficacia de sus capítulos matrimoniales y del régimen económico debidamente acordado en éstos. En armonía con lo anterior aclaró que en ningún caso previo se había resuelto que tal inclusión del nuevo cónyuge como parte indispensable significaba que podrían los tribunales entrar a examinar si la conducta patrimonial de los esposos se ajustó o no al régimen económico matrimonial acordado en sus capítulos con el fin de que tal hallazgo permitiera dar por modificado lo pactado antes del matrimonio. Más aun, el Tribunal Supremo aseveró que tal interpretación estaría encontrada con su línea jurisprudencial previa, que rechazó por entenderla contraria a la doctrina de inmutabilidad de las capitulaciones que recoge la normativa codificada vigente en espera de una iniciativa legislativa que la modifique.

Debe anotarse que el Tribunal Supremo, en este razonamiento, partió de la premisa de que en el caso *Domínguez* se negó categóricamente a reconocer la existencia de una sociedad ganancial entre los esposos porque habían rechazado el régimen ganancial expresamente en sus capitulaciones, a pesar de que claramente habían realizado actos de administración y de esfuerzo común en beneficio de un caudal que acumularon durante su largo matrimonio. Aseguró así que el caso *Maldonado* presentaba un escenario fáctico "similar" porque los esposos rechazaron expresamente el régimen ganancial en sus capitulaciones matrimoniales al estipular repudio a tal régimen y a la normativa que lo rige. Y afirmó: "Es por ello que, tal y como sucedió en Domínguez…, [e]n el presente caso estamos impedidos de reconocer la existencia de una sociedad de gananciales; independientemente de que en su matrimonio los esposos Cruz-Arce hayan, o no, realizado actos de administración y esfuerzo común".[164]

[164] Maldonado v. Cruz, *supra*, pág. 26.

Parece así restar importancia a lo que es la mayor diferencia entre un caso y el otro, esto es, que en el caso *Maldonado*, distinto a *Domínguez*, los cónyuges no sólo rechazaron someterse al régimen legal supletorio, sino que además efectivamente escogieron el régimen legal de separación absoluta de sus bienes. Ello lleva a descartar cualquier posibilidad de argumentar razonablemente la aplicación del régimen ganancial en ese contexto. No así, sin embargo, en el cuadro fáctico del caso *Domínguez*, en el cual debió entrar en vigor el régimen legal supletorio de primer grado, por tratarse de un matrimonio que otorgó unas capitulaciones ineficaces, al menos a los fines de seleccionar el régimen económico al que someterían su matrimonio.

Para finalizar, es menester señalar que, como cuestión de hecho, el tribunal se negó a ordenar la celebración de una vista para recibir prueba de que los esposos hubieran realizado actos de administración y esfuerzo común por entender que no tenía sentido permitir prueba que de todas formas no impactaría para nada la solución final del caso. Tal proceder estuvo fundamentado en la contundente reiteración de la vigencia del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial en los siguientes términos: "Como expresamos anteriormente en nuestra jurisdicción existe una prohibición absoluta en cuanto a la alteración o modificación de los acuerdos capitulares, prohibición que se activa tan pronto como la pareja contrae matrimonio. … Es por ello que, ante tales circunstancias, consideramos innecesaria e improcedente la celebración de una vista evidenciaría, pues, repetimos, la doctrina de la inmutabilidad de las capitulaciones impide que los tribunales puedan 'restablecer' la sociedad de gananciales que los cónyuges expresamente repudiaron en capitulaciones. Ciertamente, no tiene ningún sentido celebrar una vista a los fines de recibir una prueba que al fin y al cabo no podrá cambiar de forma alguna el resultado final del caso".[165]

[165] *Íd*. Pág. 26.

# CAPÍTULO III
# DISPOSICIONES EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES

## 1. Consideraciones generales

La reforma del CC por Ley 11/1981 desplazó la normativa sobre capitulaciones matrimoniales al segundo Capítulo del Título dedicado al *régimen económico matrimonial* del Libro Cuarto del Código civil, pues los primeros artículos del antiguo Título III pasaron a integrar el capítulo dedicado a las denominadas por el legislador *Disposiciones Generales*.[1] Como se señaló, en el tema de capitulaciones matrimoniales esa reforma tuvo menos impacto sustantivo que la del año 1975 (Ley 14/1975, de 2 de mayo), si bien incorporó algunas novedades. [2] Así por ejemplo, AMORÓS GUARDIOLA[3] afirma que lo preceptuado en el artículo 1325 regula el contenido de las capitulaciones matrimoniales de manera más completa y satisfactoria que el texto anterior, que entonces se encontraba en el hoy modificado (por virtud de la reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo) artículo 1315.[4] De igual manera, señala ese autor, como

[1] De todos es sabido que esta es la denominación que consigna el Código y que es la que se utilizará aquí, aunque diferentes autores optaron, en su momento, por otras como: "Régimen básico", "Régimen primario", etc.

[2] Véase, en general, M. Bayod López, La modificación de las capitulaciones matrimoniales, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1997; R. Durán Rivacoba, La capacidad en las capitulaciones matrimoniales, ene-mar ADC 97, 1991; A. Cabanillas Sánchez, La mutabilidad del régimen económico matrimonial, abr-jun ADC 115, 1994; J. Cutillas Torns, Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias, ERGD, 2000.

[3] M. Amorós Guardiola, Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Madrid, Ed. Tecnos, 1984, Vol. 2, pág. 1520. Además, sobre el antiguo artículo 1315 Lacruz Berdejo comentaba: "Esta es la materia propia de los capítulos matrimoniales, los cuales son, propiamente, el instrumento que contiene estipulaciones relativas a las aportaciones o al régimen económico del matrimonio; estipulaciones cuya validez y especial eficacia deriva, no ya de la libertad general de contratar del art. 1255, sino, con mayor amplitud y con particularidades que en otro caso no podría provocar la voluntad de las partes, del propio artículo 1315 en relación con las normas que disciplinan en el llamado "contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio" en el Cc. Pero, de acuerdo con la distinción entre *negotium* o *instrumentum*, el que documenta los capítulos puede tener muy vario contenido; además de los pactos, estipulaciones y declaraciones directamente relativos al régimen patrimonial de las proyectadas nupcias, todos aquellos que pueden constar en escritura pública." J. Lacruz Berdejo, El Matrimonio y su Economía, Madrid, Ed. Civitas, 2001, pág. 289.

[4] La redacción del art. 1315 anterior a 1975 y la de la reforma de ese año es como sigue:

> Art. 1315 (redacción anterior a 1975): "Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.

innovaciones a destacar, el establecimiento de la igualdad de los derechos de los cónyuges como límite a la libertad capitular (art. 1328); la posibilidad de que el menor pacte el régimen de participación o separación sin necesidad del concurso y consentimiento de sus padres o tutor (art. 1329); el sometimiento de la eficacia de las capitulaciones al plazo determinado de un año (art. 1334) y la remisión a las reglas generales de los contratos para regir lo relativo a la invalidez de los capítulos matrimoniales, entre otras.

Por la relación directa que tiene con el tema tratado en este trabajo hay que referirse principalmente al artículo 1325, pero antes, muy brevemente, a los dos artículos subsiguientes del capítulo dedicado a la normativa específica de las capitulaciones matrimoniales en el Código civil, cuyos textos vigentes son los siguientes:

> Artículo 1325. En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.
>
> Artículo 1326. Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio.
>
> Artículo 1327. Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública.

Estos artículos, junto a los demás que el Código dedica a las capitulaciones matrimoniales (1328 al 1335), tienen que ser entendidos conjunta e indisolublemente unidos con la libertad de pacto regulada en el artículo 1315 y con la referencia del artículo 1316 al régimen legal supletorio (en defecto de ese pacto capitular) de sociedad de gananciales, que antes examinamos. De igual forma, es indispensable considerar en este contexto la indemnidad de los derechos adquiridos por terceros que postula el artículo 1317, al que también se hizo referencia antes.

Ahora ocupa la atención el contenido del contrato capitular[5] que los cónyuges o futuros cónyuges otorgan, y que típicamente —pero no solo— es el establecimiento del

---

> A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales".
>
> Art. 1315 (redacción de 1975): "Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes o después de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.
>
> A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales."

[5] Utilizamos el término *contrato capitular* como variante del que venimos utilizando de *capitulaciones matrimoniales* por entender que los acuerdos que los cónyuges o futuros cónyuges consignen en dichas

régimen económico matrimonial; está determinado por el artículo 1325 CC, lo cual resulta obligatoriamente del texto del artículo 1315 CC antes discutido, visto en relación con éste que ahora comentamos. La afirmación anterior viene avalada por la STS 15 de junio de 2005[6] cuando establece:

> "El artículo 1325, así como el 1315 vienen a consagrar la autonomía de los cónyuges para establecer su régimen matrimonial y, dada la naturaleza contractual de las capitulaciones, el precepto autoriza a sustituir o modificar dicho régimen en el ámbito de las previsiones legales, es decir, diseñar una situación jurídica distinta. No se discute la capacidad de los cónyuges para otorgar este tipo de escritura, la que produce sus efectos internos entre los cónyuges al margen del procedimiento de tercería."[7]

Asunto distinto es que la reforma del Código por Ley 11/1981, al introducir la última frase del citado artículo 1325, en el sentido de que pueden estipularse, modificarse, o sustituirse cualesquiera otras disposiciones por "razón del mismo", creó discusión sobre posibles interpretaciones de esa expresión. Sin pretender agotar ese debate, el cual se retomará un poco más adelante en este capítulo, basta adelantar la sintonía con el criterio de AMORÓS GUARDIOLA. Luego de discutir varios criterios interpretativos, él se decantó por la interpretación más amplia que permite entender que la frase "por razón del mismo" se refiere a aquellos pactos que los otorgantes hacen por razón del matrimonio y no solamente a los que están vinculados al régimen económico del matrimonio.[8] La coincidencia con la opinión reseñada permite entender que al ser cualesquiera otros pactos por razón del matrimonio, la libertad de los cónyuges o futuros cónyuges tiene una mayor amplitud, posibilitándoles celebrar e insertar cualquier acuerdo que, directa o indirectamente, tenga relación con el matrimonio sin que, por supuesto, esas convenciones tengan que tener naturaleza patrimonial.

---

capitulaciones tienen naturaleza contractual, como señala la sentencia, entre otras, que a continuación referimos. Debemos señalar que, dado el contenido de este trabajo, deliberadamente no entramos en el análisis de la naturaleza, contractual o de otra índole, de esas capitulaciones por exceder el ámbito y propósito de aquél.

[6] STS 15 de junio (RJ 2005/508).

[7] C. Castillo Martínez, Código Civil, Jurisprudencia Sistematizada, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 1545. Véase también, X. O'Callaghan Muñoz, Código Civil, comentado y con jurisprudencia, 7ma ed., Madrid, Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer), 2012, pág. 1425.

[8] Amorós Guardiola, *op. cit.*, pág. 1522. El autor se fundamenta, principalmente, en que en el antecedente inmediato de la Ley de reforma de 1981--(el Proyecto de Ley originalmente enviado por el Gobierno al Parlamento y publicado en el BOC de 14 de septiembre de 1979)-- la parte pertinente del artículo 1325 estaba redactado en los siguientes términos: *"Podrán contener, asimismo, cualquier pacto por razón de matrimonio"*.

Además, el artículo 1326 CC es el precepto clave en la consagración del principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial y de los capítulos matrimoniales que había nacido de la reforma de 1975, antes discutida. Por lo que este artículo debe leerse como sede general de la norma de mutabilidad, pero en estrecha vinculación con otros preceptos del Código civil español que le complementan o reafirman. Así, con el artículo 1326 CC quedan relacionados los artículos del Código civil 1317 (*La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*); 1329 (*El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación*); 1345 (*La sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones*); 1392, 4º (*La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: …Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código*); 1415 (*El régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales*…); 1435, 3º (*Existirá entre los cónyuges separación de bienes: …Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto*) y 1444 (*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los cónyuges pueden acordar en capitulaciones que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes).*

De otra parte, el artículo 1327 CC pauta que para ser válidas las capitulaciones matrimoniales tienen que constar en escritura pública. Precepto que hay que considerar en estrecha relación con el artículo 1280, 3º, según el cual tanto las capitulaciones como sus modificaciones tienen que constar en documento público. Esta es la base fundamental de la opinión doctrinal unánime que afirma que el formalismo de la escritura notarial es de carácter constitutivo.[9] CABANILLAS SÁNCHEZ resume la idea con las tres afirmaciones siguientes: el requisito de forma pública no puede ser sustituido por otro documento público, sea notarial o judicial; su incumplimiento produce la nulidad radical de los capítulos, y está completamente justificado en un

[9] A. Cabanillas Sánchez, Comentario del Código Civil, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, T. II, (dir. Paz-Ares Rodríguez, Cándido y otros), Madrid, 1993, pág. 605.

sistema de mutabilidad tan permisivo como el que rige en el Derecho español desde 1975.[10]

## 2. Pactos insertados en capitulaciones matrimoniales en el ámbito del artículo 1325 del Código Civil

El art. 1325 del Código Civil contempla las diferentes hipótesis de contenido de los pactos capitulares,[11] las cuales llevan a plantear, además, el diferente momento en que pueden otorgarse. Elegir el régimen económico del matrimonio no es equivale a modificarlo, o sustituirlo por uno distinto, pero parece fuera de toda duda que la letra del artículo 1325 CC es de amplio espectro y armoniza con la extendida libertad de estipulación que ofrece el artículo 1315 CC antes discutido. Por ende, el precepto no impide que se otorguen varias capitulaciones antes del matrimonio, aunque sólo serán eficaces las últimas, con el límite de eficacia temporal de un año anterior a la celebración del matrimonio que consigna el art. 1334 CC. Tampoco impone límite al otorgamiento de capítulos con posterioridad al matrimonio, siempre que éste subsista, claro está, y que no se haya producido la separación judicial.

### 2.1 Estipular, modificar, sustituir

Este artículo 1325 CC tiene relación directa con el artículo 1315 del mismo cuerpo legal. En virtud de la libertad de pacto que confiere este último precepto, los cónyuges tienen opciones que se encuadran en dos momentos cronológicos distintos:[12]

1) Posibilidad de estipular.

---

[10] *Íd.* Nuevamente debe señalarse que, hecha la mención del requisito formal de las capitulaciones, no entramos en su análisis pormenorizado, que sería objeto de otro trabajo y que excede del propósito del que ahora ocupa.

[11] A lo largo de la tesis se ha utilizado y seguirá utilizándose el término *pactos capitulares* como variante o sinónimo del de *capitulaciones matrimoniales*, sin que ello implique, por tanto, conceptos distintos sino, simplemente, variantes de una misma expresión y concepto.

[12] O'Callaghan Muñoz, *op. cit.*, pág. 1425. "Este artículo y los siguientes desarrollan la normativa de las capitulaciones. El concepto de éstas es: negocio jurídico bilateral por el que los cónyuges determinan el régimen económico de su matrimonio y otras disposiciones." Y concluye: "Lo que es importante es que no es imprescindible que las capitulaciones contengan su contenido típico. Puede ocurrir que se otorgue para pactar una serie de extremos de contenido atípico, pero que los cónyuges acepten el régimen legal presunto y, por ello, las capitulaciones nada prevean sobre él, es decir, carezcan del contenido típico; así, el régimen será el legal, aplicándose lo que hubieren acordado de contenido atípico."

Aquí los cónyuges o futuros cónyuges pactan sus capítulos antes o durante el matrimonio. En este último caso, al utilizar el término *estipular* se entiende que es el primer pacto capitular y, por tanto, ese matrimonio se venía rigiendo por el régimen supletorio, es decir, sociedad de gananciales.

Si lo hacen antes, el contenido de esas capitulaciones será el que rija la economía del matrimonio, en el bien entendido que para el supuesto de que las mencionadas capitulaciones tengan contenido patrimonial y que tal contenido se refiera a la elección del régimen económico que ha de regir ese futuro matrimonio.

Si lo hacen durante el matrimonio es porque éste se inició bajo el régimen de gananciales, como supletorio, obviamente sin previas capitulaciones, y durante el matrimonio los cónyuges pactan el sometimiento a otro régimen económico distinto.

2) Posibilidad de modificar.

La utilización del término modificación necesariamente implica que *se modifica* algo que se había pactado. En este caso se habrán otorgado capitulaciones previas –antes o durante el matrimonio- y aquellas se modifican por otras otorgadas durante ese matrimonio.

En este sentido cabe contemplar, a su vez, dos posibilidades, a saber:

a) Una, en cuya virtud se modificarían las capitulaciones en su conjunto, tanto en lo relativo al contenido patrimonial como al no patrimonial (en los supuestos, en este último caso, no prohibidos por la norma como se señala en otro apartado de esta Tesis), y consecuencia lógica de ello es la entrada en juego, en ese matrimonio, de otro régimen económico distinto.

b) Otra, a través de la cual no se cambia de régimen económico, sino que el que estaba rigiendo en ese matrimonio se modifica, en función de las conveniencias o deseos de los cónyuges, con el límite del respeto al contenido de las denominadas Disposiciones Generales contenidas en los arts. 1315 a 1324 CC.

Cabe también la posibilidad de modificar las capitulaciones, pero sin alterar el régimen económico. Se refiere, en este caso, a la eventualidad de otorgamiento de nuevas capitulaciones en las cuales se inserten los pactos no acordados en las previas. De ello resulta que se modifican las capitulaciones, pero no el régimen económico por el que se rija ese matrimonio.

Téngase en cuenta aquí todo lo discutido previamente en relación con la libertad de modificación del régimen económico que, por supuesto, está directamente

relacionado con la normativa del artículo 1315 CC sobre la libertad general de los cónyuges para capitular.

3) Posibilidad de sustituir.

La sustitución debe ser distinguida, como supuesto diferente, de la posibilidad de modificar planteada en el punto anterior. Aunque se dará en el mismo momento cronológico -constante matrimonio-, la posibilidad de sustituir tiene un sentido distinto. Esto se refiere solo a la sustitución del régimen económico, pero con dos posibilidades:

a- Otorgamiento de capitulaciones antes del matrimonio y después se otorgan otras nuevas, por lo que se vuelve a la misma situación planteada en caso de modificación. Es decir, en las primeras se eligió un determinado régimen económico que ahora se sustituye por otro.

b- No se otorgan capitulaciones y se aplicó como régimen supletorio el de sociedad de gananciales regulado en el artículo 1316 del Código Civil. Ahora se otorgan capitulaciones por primera vez para ese matrimonio y, por tanto, el régimen económico ganancial se sustituye por el que acuerden los cónyuges. Esta situación guarda relación directa con lo que se dijo en el primer punto bajo el acápite de "posibilidad de estipular".

Al hilo de lo apuntado, y aunque no se refiera estrictamente al tema objeto de discusión, es de interés mencionar que el desarrollo evolutivo del concepto de las capitulaciones matrimoniales a lo largo del tiempo es una cuestión que está detalladamente analizado por MORENO-TORRES HERRERA en su muy conocido trabajo. Desde la perspectiva histórica, la síntesis allí presentada —la cual comienza concluyendo categóricamente— parece muy ilustradora:

> "La dificultad de definir las capitulaciones matrimoniales deriva del hecho de que en cada momento histórico, también de nuestra historia reciente, han tenido un contenido y desempeñado funciones diferentes, hasta el punto de que a primera vista parece que la única característica estable es que se trata de pactos con ocasión del matrimonio, es decir, celebrados entre cónyuges o futuros cónyuges en su calidad de tales.
>
> Nada tienen que ver las actuales capitulaciones con los pactos que antes de la publicación del Código Civil se concertaban en nuestro país a propósito de la celebración del matrimonio, pues aunque es dudosa la posibilidad de regulación contractual del régimen económico matrimonial lo que parece es que en la práctica no sé conoció. Pero sí fueron frecuentes los pactos previos al matrimonio relativos a la restitución de la dote, donaciones *propter nuptias* o aquellos cuyo único objetivo era hacer un inventario y descripción de los bienes aportados por marido y mujer, materias éstas en las que la vigencia del principio de libre estipulación no

> ofrecía dudas ni para la doctrina ni para el Tribunal Supremo, quien en sentencia de 26 de junio de 1889 declaró que lo pactado por los cónyuges al contraer matrimonio, en cuanto no se oponga a las leyes generales, es lo que en primer término debe guardarse como ley particular en todo lo relativo a los bienes aportados al matrimonio."[13] (citas omitidas)

Ya se apuntó —al discutir los antecedentes históricos de la libertad de otorgamiento y de pactos forjadora de la naturaleza de los capítulos matrimoniales en la normativa vigente— que la conceptualización del pacto capitular del Proyecto de 1851 no tuvo cauce en el Código de 1889. Éste se decantó sin rodeos por la idea de las capitulaciones matrimoniales como un contrato entre futuros cónyuges, con ocasión del matrimonio, otorgado principalmente para adoptar el régimen económico que regiría la economía matrimonial. Así lo pone de manifiesto la citada autora al enunciar que el Proyecto de 1851, aunque transitaba hacia el cambio que se produciría en cuanto al contenido del contrato matrimonial —pues reflejaba ya la idea francesa de pactar la exclusión del régimen legal de sociedad— todavía no plasmaba el concepto de los capítulos con la finalidad principal de reglamentar la economía conyugal. De modo que en el Proyecto Isabelino predominó la idea de que el objetivo primordial del *contrato de matrimonio* era hacer constar los bienes que cada cónyuge traía al matrimonio:

> "Esta norma, que no estaba tomada del *Code* y que más bien la explica nuestro anterior derecho, no se mantuvo en el Código, en el que, definitivamente, se consolidan las capitulaciones matrimoniales como aquel negocio jurídico dirigido a establecer el régimen económico del matrimonio, antes de la celebración de éste. Su naturaleza contractual es patente, no sólo por la ubicación dentro del Código (en el Libro IV, sobre obligaciones y contratos y no en el Libro I en el que se contiene la disciplina del matrimonio), sino incluso por la denominación que adopta el legislador, que las regula bajo la rúbrica de "contrato sobre bienes en ocasión de matrimonio". Pero se trata de un contrato peculiar, por cuanto que, realmente, su finalidad no es crear obligaciones entre las partes, sino adoptar el estatuto patrimonial del matrimonio. Por eso se le califica de contrato normativo."[14] (Citas omitidas).

Las distintas vertientes sobre el significado que ha tenido el contrato capitular, sin embargo, son armonizables con la visión actual que lo inserta como uno de los protagonistas más importantes en la ejecución del principio de la autonomía de la voluntad entre los cónyuges y en la necesidad de darle cauce en el Derecho de familia

[13] M. Moreno-Torres Herrera, Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales, 634 Rev. C. de Der. Inmobiliario 849, (1996).

[14] *Íd.* Pág. 850.

para atender situaciones no previstas en la normativa vigente. Ya lo adelantaba la autora cuando afirmaba que, aunque la diversidad funcional del contrato capitular es responsable de las dificultades para entender su naturaleza y su régimen normativo, no hay que estimarla agotada pues "probablemente nuevas necesidades del derecho de familia puedan en el futuro encauzarse por medio de ese contrato…".[15]

Hay que señalar, además, que las complicaciones inherentes a la figura de las capitulaciones matrimoniales no se limitan al plano estrictamente normativo, sino que lo trascienden y se traslapan irremediablemente con aspectos puramente sociológicos. Así por ejemplo, la dificultad que presenta el que, en el plano legislativo, los pactos sobre régimen de bienes no sean los únicos que el Código considera como contenido de las capitulaciones, se refleja en el plano sociológico con el hecho de que los capítulos matrimoniales han cumplido muy variadas funciones a lo largo del tiempo. Esta idea es formulada por MORENO-TORRES HERRERA:

> "Las capitulaciones matrimoniales han servido para atender a fines y necesidades dispares: así, en un primer momento era frecuente utilizar los capítulos para hacer constar qué bienes aportaba el matrimonio cada uno de los contrayentes, pero a medida que van perdiendo importancia los bienes heredados respecto de los bienes adquiridos y que estos se convierten prácticamente en los únicos existentes en el matrimonio, ello pierde sentido, utilizándose la escritura de capitulaciones casi exclusivamente (aunque su uso era escaso) para acordar un régimen distinto al legal de gananciales. Y luego, en un momento histórico concreto en el que no existía ningún cauce normativo para regular las separaciones conyugales de hecho, se utilizaron como el instrumento en el cual se convenía esa separación y las normas de carácter económico y extraeconómico a ellas referidas".[16]

En ese devenir doctrinal, y retomando el tema que se venía analizando, parece haber quedado claro que en cualquiera de los escenarios antes identificados, trátese de estipular, modificar o sustituir el régimen económico, puede pactarse cualquiera de los regímenes tipificados en el Código Civil (separación y participación) o un régimen completamente diseñado a la medida de las necesidades de la pareja. Ciertamente este último supuesto ofrece no pocas dificultades derivadas, entre otras varias posibles, del sistema de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, o de las reglas

[15] *Íd.* Pág. 861. En este sentido, J. A. Álvarez Caperochipi, Curso de Derecho de Familia, T. I, Madrid, 1988, pág. 296, afirmaba también que para estudiar correctamente la figura capitular había que hacerlo desde la perspectiva de cuál es su contenido posible

[16] Moreno-Torres Herrera, *op. cit.*, Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales, pág. 860.

de liquidación del régimen económico, por poner dos ejemplos significativos. Podría, incluso, pactarse el régimen de gananciales, pero con modificaciones (como por ejemplo respecto a la administración, gestión o, en algunos casos, disposición de los gananciales, siempre que no vaya en contra de preceptos imperativos). Como se verá, aun si solo se pactara el régimen ganancial, las capitulaciones no sobrarían. Es aquí donde radica la verdadera importancia de la discusión sobre el posible contenido de los capítulos matrimoniales a la luz de lo dispuesto en la última frase del citado artículo 1325 CC, al disponer que los cónyuges puedan estipular, modificar o sustituir el régimen económico o "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo". Como se señaló, la introducción de ese lenguaje creó la discusión sobre sus posibles interpretaciones.

Para MARTÍNEZ ESCRIBANO[17] el hecho de que el Código Civil no ofrezca directamente un concepto de capitulaciones matrimoniales, sino que se pueda deducir de la indicación del Artículo 1325 CC, que los cónyuges pueden *estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial o cualquiera otra disposición por razón del mismo,* es lo que ha dado lugar a la discusión doctrinal sobre el contenido del contrato capitular. Sea por la razón que sea, lo cierto es que un sector de la doctrina muy temprano advirtió que la reforma de 1981 introdujo un lenguaje que claramente permite hablar del contenido típico de las capitulaciones, de una parte, y del llamado contenido suplementario o complementario, de otra[18]. Así, se habla del contenido típico o esencial en relación con todo lo estipulado respecto al régimen económico matrimonial propiamente mientras se utiliza la denominación de contenido suplementario o complementario para las cláusulas que dispongan asuntos por razón del matrimonio, pero que no están atadas al régimen económico de éste.

En un sentido similar, PÉREZ SANZ[19] se refería antes a la cuestión, tras la reforma del Código por Ley 11/1981:

> "… la modificación más importante es la que se refiere a la expresión del contenido de las capitulaciones matrimoniales. Según el nuevo artículo 1325 tiene por objeto "estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por

[17] C. Martínez Escribano, Las Capitulaciones Matrimoniales, en *Tratado de Derecho de la Familia*, (dir. M. Izquieldo Tolsada y M. Cuena Casas) V. III, Cizur Menor, Navarra, Ed. Aranzadi, 2011, Vol. III, pág. 445.

[18] *Íd*.

[19] A. Pérez Sanz, Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, Ed. Edersa, 1985, pág. 10.

> razón del mismo". El contenido de los capítulos parece así ampliado. De ser un contrato relativo a bienes, o si se prefiere, con la mejor técnica empleada en 1981, de ser el estatuto del régimen económico del matrimonio pasa a ser el estatuto general, no sólo económico, del matrimonio. Así parece deducirse del último inciso que alude a "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo". Pudiera pensarse que este "mismo" hace referencia al régimen económico, pero esta interpretación no es admisible. La referencia es al matrimonio y ello no sólo por razones gramaticales, sino por la propia génesis del precepto. El Proyecto del Gobierno y las enmiendas citadas referían estos pactos o con mejor expresión, que prevaleció, estas disposiciones al "matrimonio" o "nupcias"."

Este autor reconoce que el tenor literal del artículo 1325 CC, tras la modificación de 1981, permite sostener —aunque él defiende lo contrario— que cabe hablar también de capitulaciones aunque éstas contengan únicamente disposiciones pactadas sobre asuntos no económicos, pero en relación con el matrimonio, y aunque no estipulen nada sobre el régimen económico de ese matrimonio. Su análisis se fundamenta en el historial legislativo:

> "Nótese al respecto la diferencia entre el texto del Proyecto gubernamental que después de referir las capitulaciones al régimen económico matrimonial, como contenido propio, añadía después de un punto "Podrán contener, asimismo, cualquier pacto por razón del matrimonio". La redacción del artículo 1325 suprime el punto y la expresión asimismo, colocando en pie de igualdad el régimen económico matrimonial y las demás disposiciones por razón de matrimonio, utilizando al respecto la conjunción "o". Conviene profundizar en este tema pues la cuestión no es puramente académica.[20]

Este autor también se cuestiona otro asunto de distinta naturaleza: si a esas "otras disposiciones" no relacionadas con el régimen económico del matrimonio les es de aplicación el régimen propio de las capitulaciones matrimoniales que articula el Código Civil vigente y que atañe al tiempo de su otorgamiento (antes o después de celebrado el matrimonio), a la forma escritural, al régimen de publicidad, a los límites del artículo 1328, a la capacidad y a las condiciones de su modificación previstas en el artículo 1331. Enseguida contesta en la negativa y sostiene que, aun con la nueva redacción que dio el legislador de 1981 al artículo 1325, las capitulaciones tienen por esencial objetivo estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio. Reafirma que a ese esencial objetivo se aplica el régimen establecido en el Código Civil

[20] *Íd*. Págs. 10-11.

para las capitulaciones matrimoniales y fundamenta su tesis en los cinco argumentos siguientes:

> "1. El concepto tradicional de capitulaciones en el sistema del Código Civil.
>
> 2. Los trabajos de la reforma de 1981de los que se deduce que siempre se han referido las capitulaciones al régimen económico matrimonial.
>
> 3. El hecho mismo de regularse dentro del título II del Libro IV bajo la rúbrica general "del régimen económico matrimonial".
>
> 4. El conjunto de preceptos del Código Civil en que se identifican capítulos y régimen económico matrimonial, como son los artículos 1316, 1329 y 1435.
>
> 5. El carácter contractual que el Código Civil atribuye a las capitulaciones y que se deduce no sólo de su regulación dentro del Libro IV sino, además, del propio artículo 1335, que somete la invalidez de las capitulaciones a las reglas generales de los contratos, carácter contractual que no puede predicarse de "cualesquiera otras disposiciones" por razón del matrimonio".[21]

El autor es consciente de que su afirmación obliga a buscar sentido a la frase "o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo" introducida por la reforma de 1981 y para ello también tiene una respuesta categórica:

> "Y este sentido no es otro que el reconocimiento por una parte del hecho real de que en las capitulaciones se contienen frecuentemente pactos o disposiciones distintas de las propias estipulaciones capitulares; y por otra parte de la realidad constatada estadísticamente de que desde la reforma de 1975, que admitió la posibilidad de capitular después de contraído el matrimonio y la modificación de los capítulos, una gran mayoría de las capitulaciones han tratado de regular situaciones de separación de hecho. A estas consideraciones hay que añadir la visión más privatista del matrimonio que resulta de la Constitución de 1978, y ha quedado reflejada en la redacción dada por la Ley de 7 de julio de 1981, y con esta visión el reconocimiento de una amplia libertad a los cónyuges para regular las distintas relaciones derivadas del matrimonio. La técnica usada por el legislador, sin embargo, no ha sido muy correcta. Habría sido preferible dividir el artículo 1325 en dos párrafos refiriendo el primero a las estipulaciones capitularse típicas y aludiendo en el segundo a las atípicas." [22]

[21] *Íd*. Pág. 11.

[22] *Íd*. Págs. 11-12.

LASARTE ÁLVAREZ[23] también aborda este asunto. Afirma que comparte el juicio de la doctrina mayoritaria que predica el carácter contractual de las capitulaciones matrimoniales a la luz de la letra del artículo 1325 y del hecho de que tradicionalmente el Código Civil designaba el título que regula el régimen económico matrimonial con el epígrafe oficial *Del contrato de bienes con ocasión del matrimonio*. Reconoce, sin embargo, que algunos autores escogen conceptuar las capitulaciones matrimoniales como un acto complejo por razón de su posible contenido atípico, pero sostiene que la calificación de acto complejo presenta el difícil problema de la ausencia de un marco preceptivo para esa tipificación, lo que a su juicio no trae solución alguna en términos prácticos.

Este autor recuerda que aún antes de que se aprobara la Ley 11/1981 la doctrina defendía la necesidad de distinguir entre el contenido típico y el posible contenido atípico de las capitulaciones matrimoniales. A su juicio, la redacción que el legislador español dio finalmente al artículo 1325 consagró esa perspectiva en cuanto admite expresamente las estipulaciones que tengan a bien hacer los otorgantes respecto al régimen económico del matrimonio, de una parte, y cualesquiera otras estipulaciones por razón del matrimonio, de otra.

La postura de AMORÓS GUARDIOLA[24] debe consignarse con importancia, pues desde muy temprano abordó la cuestión detalladamente. En su muy citado comentario, planteaba el asunto en términos concisos y sobradamente claros:

> "La interpretación de la última frase del art. 1325 introducida en la reforma de 1981 (cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo) puede plantear algún problema. "El mismo", ¿se refiere al matrimonio o al régimen económico matrimonial? Las consecuencias prácticas que se derivan de una u otra interpretación son evidentemente distintas. Si se sigue la interpretación más estricta, el contenido de las capitulaciones será sólo lo referente al régimen económico; podrá formar parte de las mismas cualquier estipulación de orden económico relativa al régimen. En cambio si se acepta la interpretación más amplia, el contenido de las capitulaciones se proyectará sobre cualquier estipulación que se adopte por razón del matrimonio, sea cual fuere su naturaleza personal."

Para el examen de esta cuestión AMORÓS GUARDIOLA propuso que se podían seguir diversos criterios interpretativos. Primero, la interpretación gramatical, según la cual, a su juicio, se llega a un resultado dudoso porque caben ambas

[23] C. Lasarte Álvarez, Principios de Derecho Civil, 6ta ed., Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007, Vol. IV, pág. 184.

[24] Amorós Guardiola, *op. cit.*, pág. 1521.

soluciones, aunque considera más correcta la frase de estipular otras disposiciones por razón del matrimonio, que estipular otras disposiciones por razón del régimen económico del matrimonio. En segundo lugar cabe hablar de la interpretación derivada del origen, o génesis, de la norma. Sobre esta base, examinó detenidamente las versiones legislativas previas al texto finalmente aprobado y sus correspondientes informes. Concluyó que, desde la perspectiva de cómo se elaboró la norma, en las Cortes debió preferirse una interpretación amplia que hiciera referencia a las disposiciones por razón de matrimonio.[25] Finalmente, la interpretación sistemática que analiza la cuestión en el contexto del conjunto completo de los diversos artículos que aluden a atribuciones patrimoniales concretas que se hacen en capitulaciones matrimoniales, abona a la conclusión de que el contenido de las capitulaciones y las disposiciones pactadas en ellas no se refieren solo a las reglas que disciplinan el régimen económico.[26]

FEMENÍA LÓPEZ[27] defiende la opinión mayoritaria en la actualidad para aceptar la inclusión de pactos y disposiciones de naturaleza patrimonial o personal en las capitulaciones matrimoniales, aunque acepta que el contenido típico de las capitulaciones viene dado por las estipulaciones relacionadas al establecimiento, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial. Añade que los cónyuges pueden establecer su propio régimen "regulándolo con detalle, designarlo por su nombre, dejando su regulación al intérprete, o remitirse a uno de los regímenes legales previstos en el código civil o en cualquiera de las legislaciones forales".

[25] *Íd*. Pág. 1522. Esta conclusión está detalladamente fundamentada en este resoluto recuento: "1) En el proyecto de ley sobre el régimen económico matrimonial en el C. c., publicado en el de BOC n.° 155, de 4 de octubre de 1978, el art. 1319, primero de capitulaciones matrimoniales, decía así: "en las capitulaciones matrimoniales podrán los contrayentes estipular las condiciones de la sociedad conyugal relativas a sus bienes presentes y futuros, hacerse donaciones y establecer disposiciones sucesorias en la medida permitida por este Código, así como aceptar las atribuciones que puedan hacerles terceras personas". Criterio de expresión amplia, comprensiva de diversos actos de atribución patrimonial y sucesoria. 2) En el Proyecto de Ley de modificación del C.c. en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, enviado por el Gobierno al Parlamento y publicado en el BOC de 14 de septiembre de 1979, antecedente inmediato de la ley de reforma vigente, el art. 1325 estaba redactado en estos términos: "En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular las condiciones de la sociedad conyugal relativas a sus bienes presentes y futuros o modificar éstas o el régimen legal" (es decir, en forma semejante al anterior el artículo 1319). Y añadía a continuación: "Podrán contener, asimismo, cualquier pacto por razón de matrimonio". La disposición pactada se refiere aquí al matrimonio, no al régimen económico. 3) En el informe de la Ponencia nombrada al efecto (BOC, 22 de mayo de 1980) se defiende para el artículo 1325 la nueva fórmula que pasa al texto definitivo: "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo".

[26] *Íd*. Así por ejemplo, el artículo 1331 del Código Civil sobre derechos concedidos por terceras personas; y los artículos 1338 al 1341 del Código Civil sobre las donaciones por razón de matrimonio.

[27] P. J. Femenía López, El régimen económico del matrimonio, comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial, Madrid, Ed. Dykisnon, S.L., 2005, pág.124.

Reconoce, también, que los cónyuges tienen la alternativa de adoptar modificaciones en cualquiera de los regímenes tipificados, así como limitarse a excluir la aplicación del régimen de gananciales, sin acordar ningún otro extremo, en cuyo caso se someterán al régimen de separación de bienes, según dispone 1435(2) del Código Civil.

Este autor cita con aprobación la más variada doctrina para afirmar que el contenido atípico de las capitulaciones encuentra su fundamento en el último inciso del citado artículo 1325 del Código Civil que permite que los otorgantes acuerden cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio. Opina que no cabe entender que la letra actual del Artículo 1325 pueda referirse a cualquier otra disposición por razón del régimen económico del matrimonio, sino por razón del matrimonio que van a contraer los otorgantes o que ya han contraído y está vigente entre éstos. Su apreciación acoge con aprobación el planteamiento de que esa es la interpretación que debe dársele al tenor literal del artículo vigente en atención a su precedente más inmediato en el desarrollo legislativo.[28]

### 3. Contenido concreto de las capitulaciones matrimoniales

Cabe atender la discusión sobre qué actos concretamente pueden formar parte de las capitulaciones matrimoniales a la luz de lo discutido sobre la interpretación amplia que se le da al artículo 1325 del Código Civil. LACRUZ pone de relieve el carácter complejo del contenido de las capitulaciones matrimoniales:

> "En el *instrumentum* nupcial caben pactos de muy diversa índole; por de pronto, y aun sin relación con el matrimonio, cualesquiera negocios de los que pueden constar en escritura pública; además, negocios familiares y sucesorios cuyo contenido tampoco es "matrimonial"; dentro ya del contenido propiamente conyugal, tenemos, de una parte, las atribuciones: las donaciones que un esposo hace al otro, o los padres o parientes hacen a un contrayente, e incluso la constancia de las aportaciones de los cónyuges y su posible destino "*ad sustinenda onera matrimonii"*; y, de otra parte, las determinaciones sobre el futuro régimen de la sociedad conyugal. No todo este contenido, evidentemente, pertenece a la esencia de los capítulos. En realidad, salvo las determinaciones sobre el régimen matrimonial y la mejora irrevocable…, las demás pueden establecerse fuera de ellos.
>
> De las atribuciones concretas de bienes hay que distinguir las determinaciones puramente normativas: estipulaciones concernientes al

[28] *Íd.* En el mismo sentido, entre muchos otros, Pérez Sanz, *op. cit.*, pág. 10; Cabanillas Sánchez, *op. cit.*, pág. 602; y Lasarte Álvarez, *op. cit.*, pág. 185.

> régimen económico conyugal que no realizan ninguna transferencia de presente, sino que se limitan a regular eventos futuros, constituyendo los capítulos, en cuanto a ellas, un contrato normativo o convención–ley.
>
> Tales determinaciones representan el reglamento que va a gobernar en adelante la pertenencia, responsabilidad y gestión de los bienes e ingresos de los cónyuges; la economía doméstica y familiar; el reparto de beneficios y pérdidas. A estas determinaciones con valor de reglamento les llamo *estipulaciones capitulares* o bien *determinaciones hipotéticas*, esto es, reglas predispuestas para una hipótesis que puede verificarse o no (p.e. previsiones para el caso de separación o divorcio)". [29]

AMORÓS GUARDIOLA atribuye igual criterio a la generalidad de la doctrina[30] y de ahí procede a definir concluyentemente que las capitulaciones matrimoniales se presentan en el ordenamiento jurídico español como un negocio jurídico de derecho de familia, de contenido complejo cuya finalidad típica y esencial, sin llegar a ser exclusiva, es la regulación del régimen económico del matrimonio. Sin entrar en un análisis pormenorizado en torno a la consideración autónoma de los negocios jurídicos de derecho de familia, cuya importancia fue examinada en un capítulo previo, y su conexión con figuras típicamente contractuales (porque excede el contenido de este trabajo), hay que hacer notar que el autor aludido se decanta por entender que se trata de un negocio jurídico de derecho de familia, postura distinta de la defendida por otros autores que lo consideran un contrato entre cónyuges, o de un pacto entre ellos, pero de naturaleza contractual.

Para facilitar su comprensión, AMORÓS GUARDIOLA acoge un esquema que, dividido en cuatro estamentos, ordena el complejo contenido que le adscribe al alcance de las capitulaciones según configurado en el artículo 1325 del Código Civil.[31] Así, en la primera categoría del esquema ubica los pactos relacionados con el régimen económico del matrimonio propiamente, mediante los cuales, como se sabe, se abre un espectro amplio para que los otorgantes puedan elegir el régimen al que se someten, de entre los tipificados, u otro régimen atípico que diseñen particularmente en atención a su voluntad. También pueden optar por modificar alguno de los extremos del régimen legal

[29] J. Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil IV, Familia, 4ta Ed., Madrid, (dir. J. Rams Albesa), Ed. Dykinson, 2010, pág. 135.

[30] Amorós Guardiola, *op. cit.*, pág. 1523. Identifica como copartícipes de esa opinión, a Lacruz, Albaldejo, Cossío, Díez-Picazo y Gullón, Lete y Álvarez Caperochipi, Garrido De Palma y Vázquez Iruzubieta.

[31] Amorós Guardiola, *op. cit.*, pág. 1528. Este esquema sigue, en términos generales, el propuesto por Lacruz, a la luz del derecho vigente entonces. Véase, Lacruz Berdejo, *op. cit.*, El Matrimonio y su economía, pág. 289.

elegido con el objetivo de, por ejemplo, modificar las facultades que tendrá cada cónyuge para administrar o disponer de los bienes comunes, sujeto a los límites de la ley. En esta categoría de pactos también cabe aquel en el que se pactan solo algunas normas específicas del régimen elegido por los cónyuges para que éstas rijan de manera integrada con las normas dispuestas por el régimen legal. Para el caso en el que se trata de mutación de régimen, cabe aquí hablar también del pacto otorgado para sustituir el régimen anterior, trátese del que se pactó previamente o del régimen legal que se activó supletoriamente por operación de ley. Finalmente, esta categoría recoge también la posibilidad de que las capitulaciones se otorguen para prescindir del régimen legal y reemplazarlo, o no, con un nuevo régimen económico. En este último caso, si el pacto se limita a descartar el régimen legal sin que los cónyuges acuerden las normas por las cuales habrán de regirse sus bienes, se activará la vigencia del régimen de separación por mandato expreso del artículo 1435, 2°.

La segunda clase que acoge el esquema propuesto se refiere a los pactos que albergan los acuerdos que, sin modificar el régimen económico matrimonial, recogen atribuciones patrimoniales a favor de los esposos por razón del matrimonio, bien se trate de atribuciones por parte de terceros a los contrayentes o de donaciones que éstos se hagan entre sí en consideración a su matrimonio.[32] Esta categoría también puede alcanzar los inventarios que los cónyuges quieran hacer de sus aportaciones respectivas; calificaciones de la naturaleza ganancial o privativa de tales bienes; identificación de los bienes privativos que estarán afectos a las cargas del matrimonio en determinadas condiciones, así como la fijación de pensiones. Se añade que esta categoría vislumbra también los acuerdos utilizados para otorgar los poderes y consentimientos necesarios para que pueda un cónyuge disponer o gestionar bienes mediante actos para los cuales la ley exige el consentimiento dual.[33]

En el referido esquema hay una tercera categoría reservada para los pactos sucesorios expresamente permitidos por el Código Civil como excepción a la regla de su artículo 1271. Se trata de pactos legales típicos como los que, por virtud de los artículos 826 y 827 del Código civil, viabilizan que pueda realizarse la promesa de mejorar o no mejorar.[34]

---

[32] Femenía López, *op. cit.*, pág. 125.

[33] *Íd*.

[34] *Íd*. El artículo 10 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa

La cuarta categoría en el mencionado esquema acoge los pactos familiares no económicos, también llamados por algunos autores negocios de Derecho de familia no patrimoniales. [35] El ejemplo más citado es el reconocimiento de un hijo

---

Tributaria (BOE núm. 277, de 19-11-2003, pp. 40852-40863), enmendó el artículo 831 del código Civil, cuyo texto vigente dispone:

> 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.
>
> Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.
>
> Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.
>
> 2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior.
>
> 3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de ésos.
>
> De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.
>
> Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.
>
> 4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.
>
> Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.
>
> 5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.
>
> 6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.

[35] En referencia a la constitución del acogimiento familiar, y planteándose a qué figura sería asimilable el acogimiento de menores, MORENO FLÓREZ discute las características del negocio de Derecho de familia para afirmar que presenta las características y reúne los postulados que la doctrina civilista española más tradicional le atribuye a este tipo de negocios, léase la existencia de un interés público evidente, de su sentido social y de su espíritu, además de una participación estatal mucho más frecuente que en el resto del Derecho privado; por lo que el componente de orden público opera más vigorosamente no sólo en cuanto limita la eficacia de la autonomía de la voluntad privada de las partes sino también en lo

extramatrimonial. Se trata de actos o negocios jurídicos a los cuales se les quiere dar carácter escritural para asegurar los efectos formales que ello implica. Es decir, se les dota de la forma pública, aunque no tengan contenido patrimonial, por un propósito desvinculado del régimen económico del matrimonio. Cabe hablar aquí también, como ejemplo, de los acuerdos reguladores de los asuntos concernientes a los hijos cuando hay separación de hecho de sus padres.[36] Esta categoría es la que acoge la tesis que aquí se trata a los efectos de la posibilidad de que, entre otras posibles, el contenido de las capitulaciones sea precisamente la de los pactos en previsión de ruptura, como se discutirá más adelante.

A estas cuatro categorías AMORÓS GUARDIOLA añade otras dos de indudable importancia. De un lado, la que se refiere a la constitución de determinados derechos reales, para la que ofrece el ejemplo del usufructo a favor del cónyuge no titular de la vivienda habitual del matrimonio que es privativa de uno solo de los consortes; de otra parte, y como segunda categoría entiende que es la que acoge, en general, los actos y negocios que pueden y deben constar en escritura pública.[37]

Se puede considerar que el extenso contenido posible de las capitulaciones matrimoniales —habida cuenta que dependerá de las circunstancias y deseos de los cónyuges— ofrece no pocas dificultades si se pretende un análisis pormenorizado de aquél, dificultades estas que pudieran extenderse a la distinción entre el negocio capitular y el documento en que se encuentra.

Así, el contenido propio de los capítulos matrimoniales, como se ha señalado, que también puede recibir la denominación de estipulación capitular, es el relativo al régimen económico del matrimonio, mientras que todo el resto de las estipulaciones o pactos que contiene la escritura pública forman parte de ésta pero no se relacionan o afectan, obligatoriamente, al régimen económico de ese matrimonio, es decir a la capitulación matrimonial en su extensión más amplia. LACRUZ BERDEJO así lo afirmaba al formular que solamente las estipulaciones capitulares tienen la capacidad de derogar las reglas divergentes del Código Civil y sustituirlas, o sustituir las normas sobre gananciales por otras del propio Código relativas al régimen escogido, sea el de participación o el de separación, mientras que las meras atribuciones no modifican el

---

referente "a la función, a la causa y a las motivaciones del negocio". R. Moreno Flórez, Acogimiento Familiar, Madrid, Ed. Dykinson, 2012, pág. 172.

[36] Femenía López, *op. cit.*, pág. 125.

[37] *Íd*.

régimen legal. Y añadió: "Con todo, entre estipulaciones y atribuciones puede haber cierto condicionamiento, en el sentido de que la variación voluntaria en el régimen pactado puede autorizar a revocar las donaciones *propter nuptias* hechas sobre el presupuesto de su existencia y subsistencia". [38]

En sentido similar se pronuncia algún otro autor, advirtiendo que debe tenerse en cuenta, en relación con todas las estipulaciones que pueden formar parte de las capitulaciones matrimoniales, que su conexión respecto al contenido típico o primario de los capítulos es meramente instrumental en cuanto forman parte de la escritura pero son independientes respecto al régimen económico del matrimonio. En consecuencia, es posible entender que las mencionadas estipulaciones, o pactos, deberán someterse al régimen jurídico correspondiente a la institución concerniente y no a las normas sobre el régimen económico matrimonial propiamente considerado, a menos que la disposición o el negocio de que se trate estén vinculados con el régimen matrimonial. En la misma línea argumental cabría considerar que las estipulaciones que por su naturaleza son irrevocables, cuando están contenidas en capitulaciones, no se tornan revocables pese al carácter mutable de las capitulaciones y del régimen económico matrimonial.[39]

Como se adelantó en líneas anteriores, esa conexión ha propiciado que una parte de la doctrina se plantee la posibilidad de que los cónyuges otorguen capitulaciones matrimoniales cuyo contenido se limite al pacto de cuestiones relacionadas con el matrimonio pero no con el régimen económico de éste, es decir, sin incluir acuerdo alguno en relación con el régimen económico matrimonial que habrá de regir el matrimonio de los otorgantes. Es cierto que esta postura no es unánime, pues algunos autores rechazan esa posibilidad con fundamento en la consideración de que el Código Civil siempre presupone un contenido mínimamente estatutario para las capitulaciones matrimoniales, ya que el artículo 1316 CC activa el régimen ganancial como régimen legal supletorio en ausencia de aquellas. Así, se afirma que habrá capitulaciones matrimoniales "en tanto en cuanto haya estipulaciones relativas al régimen económico matrimonial, debiendo entenderse que también son capitulaciones las que contemplan este régimen ante una situación de separación de hecho, regulando las relaciones patrimoniales que se produzcan en dicha situación e incluso la liquidación del régimen comunitario a que hubiera estado sujeto el matrimonio".[40]

---

[38] Lacruz Berdejo, *op. cit.*, Elementos de Derecho Civil IV, Familia, pág. 135.

[39] Femenía López, *op. cit.*, pág. 126.

[40] Pérez Sanz, *op. cit.*, pág.12, entre otros.

Ese planteamiento, que armoniza con el diseño argumental de este trabajo, concluye que los capítulos matrimoniales deberán contener siempre normas sobre el régimen económico matrimonial, añadiendo a esa fundamentación que son inadecuadas, desde el punto de vista formal, unas capitulaciones matrimoniales cuyo contenido sea únicamente atípico puesto que la presencia de tales pactos no los convierte en estipulaciones capitulares y, por lo tanto, estarían fuera del alcance de las reglas formales de éstas. Ciertamente, este razonamiento, digno de ser tenido en consideración, se opone frontalmente a la conclusión a que se aspira llegar.

Sin embargo, hay que decantarse, con CABANILLAS SÁNCHEZ, por la defensa de una interpretación más ajustada al tenor literal del artículo 1325 CC, que permite un ámbito más amplio al contenido del contrato capitular para admitir la posibilidad de que no recoja determinación alguna en relación al régimen económico de ese matrimonio. Parece más adecuado el argumento principal, invocado en apoyo de tal conclusión, en el sentido de que la remisión del artículo 1316 del Código Civil al régimen legal supletorio de primer grado constituye el contenido capitular primario para el supuesto de que las capitulaciones no cuenten con contenido relacionado al régimen económico matrimonial.[41] Con sólidos argumentos, ese autor apunta: "La circunstancia de que el contenido exclusivo de las capitulaciones matrimoniales sean pactos por razón del matrimonio, es decir, que no se refieran al régimen económico matrimonial, sino al matrimonio cuanto tal, y por este motivo no puedan acceder al registro civil, no implica que no estemos ante unas auténticas capitulaciones matrimoniales (RDGRN de 19 de junio de 2003[RJ 2003, 6172])".[42]

Asimismo, LASARTE ÁLVAREZ[43], buscando una síntesis al planteamiento que se acaba de esbozar, y que ha supuesto una importante controversia doctrinal, entiende que la materia propia o típica de las capitulaciones matrimoniales la representa indudablemente la fijación del sistema o régimen económico que regirá la vida matrimonial de los otorgantes. A su juicio, el artículo 1325 del Código Civil así lo indica y es apoyado por "la tradición histórica inveterada".

[41]En este sentido, entre otros, A. Cabanillas Sánchez, Las Capitulaciones Matrimoniales, en *Derecho de Familia*, (coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012, pág. 595.

[42] *Íd*. Pág. 593.

[43]Lasarte Álvarez, *op. cit.*, pág. 184. Este autor advierte, sin embargo, que la práctica cotidiana en el ámbito matrimonial no es tan compleja porque es poco usual que los cónyuges se sometan *ex novo* a un régimen económico matrimonial e incluso que examinen críticamente la normativa reguladora propia del régimen que han elegido y le introduzcan modificaciones. Asegura que lo ordinario es que, si en efecto los cónyuges otorgan capitulaciones, se remitan a alguno de los regímenes económicos tipificados en la legislación y afirmen expresamente cuál será el régimen que aplicará a su economía matrimonial.

Esa posición se fundamenta en la normativa vigente, la cual implica que los futuros cónyuges pueden, en cualquier momento antes o después del matrimonio, instituir el régimen patrimonial que entiendan conveniente, pero, más aún, que quienes ya son cónyuges al momento de pactar pueden sustituir el régimen económico al que haya estado sometido previamente su matrimonio por un sistema o régimen patrimonial distinto a partir del momento en el que otorguen los capítulos. El autor aclara que en ambas circunstancias los cónyuges tienen garantizada por la normativa vigente la más amplia libertad de pacto, sujeto a los límites del artículo 1328 CC, sea para crear *ex novo* un régimen económico; para incorporar alguno de los sistemas tipificados en el Código Civil, en el derecho foral o en una ley extranjera; o para limitarse a modificar sólo algunos asuntos específicos del régimen seleccionado o del que les resultará aplicable por operación de ley.[44]

Sobre el contenido atípico o "complementario"' de las capitulaciones matrimoniales, LASARTE ÁLVAREZ entiende que en esa designación se incluyen las estipulaciones a las que el artículo 1325 CC se refiere con la frase "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo [del matrimonio]" que no tengan por objeto la determinación del régimen económico y aun cuando puedan tener carácter patrimonial, entendida ampliamente tal designación. Resalta las que el propio Código Civil provee y hace mención de los preceptos reguladores de las donaciones por razón de matrimonio y de los artículos 826, 827 y 831 CC que atribuyen efectos específicos a estipulaciones relativos a la mejora cuando forman parte de las capitulaciones de los cónyuges. De inmediato aclara, sin embargo, que ello no significa que las estipulaciones «por razón del matrimonio» incorporadas a las capitulaciones necesiten tener contenido patrimonial, pues si bien reconoce que hasta la reforma de 1981 ese era el entendimiento más común, afirma que tal planteamiento fue rechazado por el legislador "que, consciente o inconscientemente, permite que existan escrituras de capitulaciones pese a que su contenido se circunscriba a alguna de la estipulaciones atípicas".[45]

### 4. Capitulaciones matrimoniales sin contenido típico.

La bifurcación del contenido de las capitulaciones matrimoniales en las respectivas designaciones de contenido típico y atípico, explica MARTÍNEZ

[44] Lasarte Álvarez, *op. cit.*, pág. 185.
[45] *Íd*. Pág. 186.

ESCRIBANO, se lleva a un extremo tal que se ha invocado para afirmar que las otras disposiciones a las que hace referencia el artículo 1325 del Código Civil no son capitulaciones matrimoniales si no se relacionan con el régimen económico matrimonial.[46] Esa postura se apoya principalmente en la STS de 4 febrero de 1995[47] que se expresó acerca de la necesidad de que se cumplan los requisitos de forma dispuestos en el artículo 1327 del Código Civil para las capitulaciones. En ese contexto, concluyó que las operaciones de liquidación o partición de una sociedad conyugal ya disuelta no requieren la forma escritural para que sean válidas. A ello se refieren DIEZ-PICAZO Y GULLÓN,[48] al expresar:

> "En rigor, el contenido típico de las capitulaciones lo constituyen las estipulaciones relativas al régimen económico. Junto a ellas podrán figurar otras, aunque no se exige la existencia de las primeras (obsérvese la fórmula disyuntiva del art. 1325). Pero no serán en rigor estipulaciones capitulares sino se relacionan con el régimen económico del matrimonio (*por razón del mismo*, dice el artículo 1325). El Tribunal Supremo, en la sentencia de 4 de febrero de 1995 dice: «[…] el artículo 1327 del Código civil, correctamente interpretado, se refiere exclusivamente a las capitulaciones matrimoniales, o sea, a las estipulaciones a través de las cuales los esposos establecen el régimen económico de un matrimonio, lo modifican o sustituyen por otro, con todos los demás pactos *relacionados con ello*, y que, por tanto, tengan naturaleza capitular»".[49]

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de noviembre 2005 [50] también valida este vínculo estrecho entre capitulaciones matrimoniales y régimen económico del matrimonio porque define aquellas como "un contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin fijar un régimen económico del consorcio conyugal distinto del legal". No obstante, la citada autora difiere claramente de ese criterio y propone desviarse de la idea que "vincula indisolublemente" las

---

[46] Martínez Escribano, *op. cit.*, pág. 446.

[47] STS de 4 de febrero (RJ 1995, 739).

[48] L. Díez-Picazo y A. Gullón Ballesteros, Sistema de Derecho Civil IV, 9na ed, Madrid, Ed. Tecnos, 2004, pág. 154.

[49] *Íd*. Igualmente importante es el resto de esa cita, que continúa diciendo:

> "… pero de dicha naturaleza carecen evidentemente las operaciones liquidatorias o particionales de una sociedad conyugal ya disuelta, aunque las mismas se practiquen en una misma escritura de concurrentes o simultáneas capitulaciones matrimoniales, a cuyas operaciones particionales o liquidatorias no es aplicable, para la validez de las mismas, la exigencia de escritura pública con el expresado carácter constitutivo o "*ad validitatem*", según ya tiene declarado esta Sala en Sentencias de 4 diciembre 1985 y 7 noviembre 1990, cuya doctrina, aquí se ratifica".

[50] RDGRN, de 22 de noviembre de 2005 (RJ 2006/224).

capitulaciones matrimoniales a los acuerdos sobre el régimen económico matrimonial para abrirle camino a una postura más flexible que acepte la existencia de capitulaciones matrimoniales aunque el contenido de éstas no esté relacionado con el régimen patrimonial.[51] Reclama, además, que esa postura adquiere especial importancia a la luz de los contenidos que empiezan a aceptarse en la actualidad para el instrumento capitular, como los pactos en previsión de crisis matrimonial. Si bien acepta que no hay duda de que un pacto relativo al régimen económico del matrimonio siempre debe constar en capitulaciones, por disposición expresa del artículo 1315 del Código Civil, no está dispuesta a aceptar la afirmación de que sólo hay capitulaciones matrimoniales si en el contenido de éstas se incluye algún acuerdo sobre la economía matrimonial.

Hay que coincidir plenamente con este criterio y con la apreciación de que el contexto socio-jurídico contemporáneo exige ampliar el espectro analítico para revisar tal postura. Más aún, esa lectura responde a una determinada mirada, innecesariamente limitativa, de la normativa vigente. Esta autora va aún más lejos y afirma que en ausencia de una disposición análoga a la del artículo 1315 del Código Civil, estos otros pactos matrimoniales no vinculados al régimen económico podrían hacerse tanto en documento privado como en capitulaciones matrimoniales que sigan la forma escritural dispuesta en el artículo 1327 del Código Civil. Concluye que aun cuando en dicha escritura no se disponga nada sobre el régimen económico matrimonial ésta no debe perder por ello su naturaleza capitular si va dirigida a establecer acuerdos relativos al matrimonio. Su razonamiento está sólidamente fundamentado:

> "A favor de esta postura diremos que la interpretación inicialmente apuntada y en gran medida tradicionalmente admitida, que identifica capitulaciones y pactos sobre el régimen económico, no se corresponde de forma inequívoca con la redacción del art. 1325 CC, porque su tenor literal no formula distinción entre un contenido primario, esencial o básico y otro de carácter secundario o complementario, sino que se limita a indicar posibles contenidos de las capitulaciones, con lo que parece posible que haya escrituras de capitulaciones cuyo contenido se limite a lo que se viene considerando como estipulaciones atípicas. Distinto de esta idea es que el artículo 1315 CC restringe los pactos sobre el régimen económico del matrimonio al ámbito de las capitulaciones, por lo que necesariamente deben contenerse en este instrumento. Pero es que, de modo similar, el artículo 826 CC admite la validez de la promesa de mejorar o no mejorar cuando se realice en capitulaciones matrimoniales. Y nótese que se trata de un supuesto distinto de los acuerdos sobre el régimen económico del matrimonio. Si mantuviéramos la postura de que no puede haber capitulaciones sino se incluye un acuerdo sobre la economía matrimonial,

[51] Martínez Escribano, *op. cit.*, pág. 446.

> para realizar una promesa de mejorar o no mejorar habría que realizar también algún pacto sobre el régimen económico del matrimonio, porque sólo entonces podría haber capitulaciones, lo que sin embargo no parece razonable. De ahí que hay autores que amplían el contenido esencial de las capitulaciones a estas promesas y a las donaciones por razón de matrimonio e, incluso, a todo pacto regulador de los bienes matrimoniales." [52]

Es suficiente el fundamento esgrimido por la autora de que la interpretación literal del artículo 1325 del Código Civil, en conjunto con la interpretación sistemática de la norma con las promesas de mejorar y no mejorar, permite respaldar un concepto capitular amplio, no atado necesariamente al régimen económico matrimonial. No obstante, son igualmente importantes argumentos ulteriores de los que ella se sirve para justificar su reclamo de una conceptualización amplia para las capitulaciones matrimoniales. Me refiero a razones quizá menos técnicas, pero no por ello menos trascendentales, pues están vinculadas a la evolución de la familia, tanto sociológica como jurídicamente, y a la necesidad de dar cabal cumplimiento al mandato del artículo 3.1 del Código Civil.[53] Este, como se sabe, ordena la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse, criterio que justifica el planteamiento que viene desarrollándose en este trabajo. Ese ejercicio hermenéutico presupone la conformación de la norma con el contexto social en el que rige pasa por tener presente, sobre todo, los cambios en la concepción del matrimonio según se concibe social y jurídicamente hoy, lo que sin duda obliga a valorar en primer plano el reclamo de una competencia amplia para la autorregulación de la crisis matrimonial, incluso con antelación a esta.[54]

---

[52] *Íd*. Págs. 447-448.

[53] *Íd*. Pág. 448. Véase también C. De Amunátegui Rodríguez, La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, en *Autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos de familia*, (Rams Albesa, J. J., dir. y coord.), Dykinson, Madrid, 2009, pág. 142:

> "Por otra parte, y aunque no sea necesario, no está demás ofrecer, alegando a lo dispuesto en el art. 1323 CC, un cauce de justificación o de canalización de las manifestaciones de autonomía de los esposos cuando se trata de propugnar la admisibilidad de pactos poco conocidos en otros tiempos como los acuerdos prematrimoniales distintos de las capitulaciones, los de ruptura, o los llamados protocolos familiares que, aunque poco utilizados todavía, comienzan a revelarse como acuerdos eficaces en distintos sentidos participando, todos ellos, de la legitimidad que les confiere el principio de libre contratación entre los esposos."

[54] J. Pérez Hereza, La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales, 48 AAMN 547, Madrid, (2007-2008), pág. 549, también lo venía afirmando claramente:

> "Todas estas circunstancias coadyuvan para que exista una presión a favor de aumentar casi sin límites la autonomía de la voluntad en las relaciones matrimoniales. Así, son cada vez más frecuentes los supuestos en que al Notario se recurre para pretender formalizar

En el ordenamiento español no se advierte una respuesta categórica, mucho menos uniforme, a los distintos aspectos que presenta la cuestión. De ahí que esas circunstancias socioeconómicas que demandan un perímetro amplio para el ejercicio de la autonomía de la voluntad conyugal de conformidad con una legalidad garantizadora de sus plenos efectos y que minimice su condicionamiento al control judicial, se enfrenta con "preceptos fragmentarios, en ocasiones contradictorios, que han sido completados con una copiosa labor doctrinal y jurisprudencial en la que encontramos asimismo posiciones contrapuestas".[55]

De la lectura de los párrafos anteriores –y de los siguientes– podría surgir la idea de plantear que, antes de pretender conceptualizar un régimen jurídico para los pactos en previsión de crisis matrimoniales, debiera invertirse el orden del razonamiento para cuestionarse con carácter previo, y desde el plano sociológico, si hay necesidad o demanda de un instrumento jurídico específico que cumpla esos fines. Dicho de otra forma, ¿se advierte un fenómeno social en relación con la solución actual que se le da a las crisis matrimoniales que resulte desfasado con la normativa vigente? A primera vista, y sin entrar a considerar por el momento las dificultades particulares que comporta el estado de derecho actual, podría parecer que la contestación debe ser una negativa inmediata. Entre otros autores, ANGUITA VILLANUEVA ha documentado que cada vez más los cónyuges o futuros cónyuges optan por ejercer su libertad de pactar sobre asuntos relacionados a su matrimonio, y lo hacen así al amparo de la regulación vigente.[56]

---

> en escritura pactos previos o coetáneas a las crisis; por otra parte la temprana ruptura de muchos matrimonios cuyos miembros tienen una larga vida por delante hace que aparezcan circunstancias sobrevenidas que obligan a modificar el convenio acordado y aprobado judicialmente durante la crisis."

[55] *Íd*. Pág. 550.

[56] *Véase*, L. Anguita Villanueva, Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española en *Autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos de familia*, Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2009, pág. 275-306. Este autor señala que, según los datos que ofrece la dirección General de los Registros y del Notariado sobre los "contratos por razón del matrimonio", se observa que en el período comprendido entre el año 1998 hasta el año 2006 la cantidad de tales contratos creció ininterrumpidamente, incluso aceleradamente entre el año 2003 y el 2004, aunque se detuvo el crecimiento en el año 2007, si bien entiende que esto último podría haber sido un dato aislado. Posteriormente Roca Trías analizó las estadísticas notariales correspondientes al periodo que comprende desde el año 2011 hasta el primer trimestre del 2012. Concluyó que muchas capitulaciones matrimoniales se otorgan para impedir que rija el régimen ganancial y cuando éste no aplica los cónyuges no se sienten compelidos a otorgar capítulos. Su análisis se basó en los siguientes datos, cuyas cifras totales corresponden a todo el país:

A. Capitulaciones prematrimoniales en las que se escoge el régimen de separación de bienes: 18,778.

B. Capitulaciones postmatrimoniales en las que se escoge el régimen de separación de bienes: 20,756.

C. Capitulaciones matrimoniales en las que no se escoge ningún régimen económico: 273.

El autor documenta un aumento en la tasa anual de capitulaciones matrimoniales, lo que para él deja claro que una cantidad grande de matrimonios acuden a la notaría para cambiar la normativa sobre el régimen económico matrimonial que les impone la ley en defecto de pacto. Y advierte que hace tal afirmación consciente de que es necesario tomar las cifras con precaución, pues reconoce que los datos son imprecisos en cuanto no tienen una variable que permita identificar las capitulaciones matrimoniales otorgadas durante el matrimonio. Aun así entiende que esos números son muy interesantes si se toman como reflejo del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los otorgantes.[57]

Desde el plano del análisis económico del derecho también se insertan en este debate otras consideraciones que pueden redundar en ventajas concretas para los cónyuges, o futuros cónyuges, si en el llamado contenido atípico capitular se anticipan al surgimiento de una eventual ruptura y acuerdan el futuro impacto de esta. Eso les permitirá ajustar la dinámica económica conyugal constante matrimonio a las consecuencias ya previstas, lo que debe redundar en una atmósfera menos belicosa y, presumiblemente, una etapa menos contenciosa si llega a surgir el escenario de la ruptura. En este sentido AGUILAR RUIZ apunta, más concretamente, "… la fijación *ex ante* de las consecuencias económicas de un eventual divorcio de la pareja protegerá durante la vida del «negocio» las inversiones o aportaciones económicas realizadas por los cónyuges durante la convivencia marital, sean remuneradas o no -léase, principalmente, el trabajo doméstico y el cuidado de la casa y los hijos, generalmente desarrollado por la mujer-, lo que redundará después en unos menores costes de liquidación en el momento de la disolución del matrimonio por divorcio".[58]

---

D. Acuerdos conyugales de separación de hecho: 353.

Esta autora afirma que tomando el año 2011 como muestra, el 11,6 % del total de matrimonios celebrados otorgaron capitulaciones prematrimoniales para escoger el régimen de separación de bienes, siendo Madrid y Andalucía las Comunidades Autónomas con mayor frecuencia de otorgamiento de capítulos a esos efectos, con 3,942 y 3,179 respectivamente. También resalta que la cifra de capitulaciones prematrimoniales en Cataluña para ese mismo año (240) resulta muy interesante si se tiene presente que el régimen económico por defecto en el ordenamiento catalán es el de separación de bienes. E. Roca Trías, Libertad y Familia, Valencia, 2012, pág. 69.

[57] Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 307.

[58] L. Aguilar Ruiz, Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja, en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, pág. 23. De la misma autora, véase Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel, (coord. Luis Díez-Picazo), T. 1, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014.

## 5. Pactos en previsión de crisis matrimonial como contenido posible de las capitulaciones

La rúbrica de este epígrafe adelanta cuál va a ser su contenido y, casi, su conclusión, pero advirtiendo que no se centra en el análisis de los diferentes argumentos esgrimidos en cuanto a si debe crearse una figura contractual especial para convenir estos pactos o si es válida la utilización de alguna de las ya existentes. Como se tratará de demostrar en las páginas siguientes, no hay ningún obstáculo a la inserción de los pactos en previsión de crisis conyugal como contenido posible de las capitulaciones matrimoniales.

La frase con la que cierra el artículo 1325 del Código civil, "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo", se convierte en el núcleo a partir del cual se justifica la inserción en este trabajo del tratamiento que merecen los pactos entre los cónyuges en previsión de ruptura como parte integrante –aunque, en ocasiones, con cierta autonomía– de las capitulaciones matrimoniales. Como se discutió, se favorece la opinión de que la referencia del precepto antes señalado se hace al matrimonio y no al régimen económico matrimonial al que se le somete.

Debe quedar muy claro que estos pactos no son, necesariamente, prenupciales; obviamente pueden serlo, pero aun así, es notorio que, como cualquier otro pacto que quede insertado en unas capitulaciones matrimoniales, podrían modificarse después. Si no son prenupciales, por supuesto que pueden pactarse durante el matrimonio y también modificarse durante este. El momento de su otorgamiento es, en principio y para los propósitos del presente argumento, indiferente para la validez de estos pactos ya que, como se acaba de indicar, pueden hacerse previo al matrimonio o constante este. Lo determinante es que se trata de pactos de naturaleza preventiva, pues se hacen en contemplación de una situación de crisis que no ha ocurrido, y que pudiera no ocurrir nunca.

La premisa central de entrada se fundamenta en la consideración de que no es indispensable esperar por la conceptualización de un nuevo negocio jurídico, o un nuevo tipo contractual, para estos pactos, puesto que caben dentro de las capitulaciones matrimoniales, como un acuerdo más de entre los varios que pueden celebrar los cónyuges. Insertados así en ese acuerdo capitular, pueden acompañar -o no- a la decisión sobre el régimen económico que ha de regir el matrimonio, pues las

capitulaciones matrimoniales no pierden su esencia por el hecho de que no haya pacto sobre el régimen económico del matrimonio.

En este sentido no debe quedar duda de que en tal esquema pudieran variarse las capitulaciones en lo relativo a la modificación (absoluta o solo parcial) del régimen económico sin alterar en extremo alguno los pactos y, a la inversa, pueden modificarse esos pactos sin que sufra alteración alguna el régimen económico del matrimonio. Al respecto, estos pactos reciben el mismo tratamiento que cualquier otro acuerdo entre los cónyuges incorporado a los capítulos matrimoniales.

Las afirmaciones anteriores implican, asimismo, que al considerar como contenido posible de los capítulos estos pactos en previsión de ruptura, tiene que mantenerse el requisito de escritura pública como garantía de formalidad de las capitulaciones matrimoniales y como garantía de formalidad de los pactos en previsión de ruptura. Ello está en consonancia con el hecho de que, aún con autonomía suficiente dado su contenido, el tratamiento que se dé a estos pactos no debe diferir de cualesquiera otros que los cónyuges pudiesen estipular. Es a estos que se hace especial referencia en este trabajo.

Aunque se peque de cierta reiteración, la introducción de la frase "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo" planteó la discusión sobre si esa referencia a "mismo" se hace respecto a "régimen económico" o a "matrimonio". Según se explicó, hay fundamentos contundentes a favor de la interpretación de que la referencia es al matrimonio, y esa es la posición que aquí se defiende. Al partir de esa premisa, parece claro que tales disposiciones pueden abarcar todos los pactos que los cónyuges o futuros cónyuges consideren pertinentes, sujeto a los límites que el propio Código impone al contrato capitular. Ya se vio, incluso, que bajo la denominación de contenido atípico la doctrina engloba negocios jurídicos relacionados o no con el matrimonio. Con sobrada razón entonces cabe subsumir en el contrato capitular los pactos en previsión de ruptura matrimonial.

### 5.1 Concepto y naturaleza de los pactos en previsión de crisis matrimonial

Desde una mirada concreta a la utilidad y conveniencia de los referidos pactos para los sujetos de la relación matrimonial deben señalarse varios aspectos. Primero, para llegar a ellos las partes se ven precisados a analizar la realidad concreta de sus respectivas circunstancias particulares, de modo que las normas que se autoimponen

deben responder mejor al plan matrimonial mutuamente acordado, por ellos y para ellos, que no tiene que ser igual a lo establecido legislativamente en las normas por defecto. Esto cobra mayor virtualidad, obviamente, en el escenario actual en el que la tipología familiar es plural y, por ejemplo, es muy común que las personas vuelvan a contraer matrimonio, recomponiendo así su estructura familiar. En tales supuestos, bien por la existencia de hijos propios o por la complejidad de sus circunstancias económicas previas, pudieran esas personas precisar de un acomodo patrimonial —o personal— estructurado a la medida de sus necesidades específicas para alejarse, al menos potencialmente, de tener que confrontar nuevamente las situaciones que le llevaron a tales condiciones. Además, como se señaló en líneas anteriores, la autorregulación de las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial debe tender a eliminar, o al menos reducir, el inmenso costo que puede llegar a tener la litigación contenciosa de los múltiples extremos que pueden resultar controversiales en el escenario de la disolución, amén del ingente costo emocional que indudablemente ello conlleva para el grupo familiar. También pudiera ser importante pactar anticipadamente las consecuencias de la disolución matrimonial para los cónyuges que participan de determinadas actividades comerciales o profesiones o industrias productivas particularmente riesgosas, que pueden requerir un resguardo patrimonial particular. En ese sentido, también los pactos en previsión de ruptura pueden complementar otros mecanismos, como los protocolos familiares, por ejemplo, que no necesariamente son suficientes para desvincular un determinado entramado empresarial de la variación circunstancial que puede experimentar la relación matrimonial.[59]

Del lado negativo, de entrada hay que admitir que se imputa a los pactos en anticipación de una futura ruptura atentar contra la visión más romántica del matrimonio que equipara —erróneamente— la aceptación incondicional de la intervención regulatoria estatal con el verdadero compromiso afectivo que presupone el vínculo matrimonial. También se observa, quizá con mayor peso que lo anterior, que tales acuerdos pueden magnificar en determinadas circunstancias la desigualdad económica de las partes y ello permitir una negociación viciada por la influencia o presión

[59] En este sentido, entre otros, M.P. García Rubio, Acuerdos Prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia, en *Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar*, *Documenta Universitaria*, Universidad de Girona, 2004, pág. 99; C. Pinto Andrade, Pactos matrimoniales en previsión de ruptura, Barcelona, Ed. Bosch, 2010, pág. 49. Aunque con otros propósitos, el contexto de los acuerdos capitulares para prever circunstancias de precariedad patrimonial lo había puesto de manifiesto J. Vallet De Goytisolo, Las capitulaciones matrimoniales constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna, Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1986, pág. 3.

sicológica de una parte sobre la otra, más débil. Asimismo, se apunta que la potencial economía procesal puede no ser tal en la medida en que la interpretación divergente de la cuestiones de validez y eficacia del acuerdo puede siempre resultar en un alto nivel de litigiosidad, sobre todo cuando están distanciados temporalmente la celebración del pacto y el surgimiento de la crisis.

Para los pactos previos al matrimonio se afirma también, a mi juicio demasiado genéricamente, que en la medida en que uno de los contrayentes condicione el matrimonio a la celebración del acuerdo el otro realmente no lo contrae en total libertad. Este argumento, sin embargo, se debilita puesto que algo similar ocurre en general con cualquier otro acuerdo o condición que uno de los futuros cónyuges imponga y el otro válidamente acepte. Igual falta se le atribuye al pacto en previsión de ruptura cuando se dice que su existencia puede reprimir a los cónyuges en su intención de reclamar la disolución del vínculo matrimonial. Pero igual objeción podría invocarse de cualquier consecuencia negativa que impongan las normas reguladoras por defecto. Por tanto, es persuasiva la postura doctrinal que viene afirmando que "los problemas específicos que puedan plantear los pactos preventivos no deben justificar una solución diferente a la predicada para los pactos simultáneos o posteriores a la crisis, sobre todo teniendo en cuenta las mayores ventajas que reportan, todo ello sin perjuicio de la rigurosa aplicación de los requisitos de validez predicable de todo contrato y del establecimiento si se considera conveniente de especial requisitos".[60]

El mismo hecho de que más cónyuges o futuros cónyuges recurran hoy al vehículo de las capitulaciones matrimoniales que el derecho español vigente provee para acordar asuntos relativos a su matrimonio podría tentar a dar una contestación concisa y categórica a la cuestión inicial. No obstante, las interrogantes jurídicas que van surgiendo a la par con los desarrollos legislativos en el tema de crisis matrimoniales ameritan que plantearse con detenimiento si la disciplina normativa de las capitulaciones matrimoniales es sede suficiente y adecuada para los pactos en previsión de ruptura.

[60] Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 572. Véase también García Rubio, *op. cit.*, Acuerdos Prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia, pág. 100: "En efecto, la doble vertiente social e individual que posee el derecho de familia y el necesario equilibrio entre los principios de solidaridad familiar y libertad individual que subyacen en este tipo de relaciones obliga a realizar un especial escrutinio sobre la validez de los acuerdos celebrados en previsión de una ruptura matrimonial no consumada. Tal escrutinio abarca la fase de formación del acuerdo, su contenido y el momento y circunstancias de su exigibilidad.

Bien vale comenzar el ejercicio intentando llegar a una definición de la figura de los pactos o acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. PINTO ANDRADE consolida la definición que viene acuñando la doctrina en los siguientes términos: "los pactos previsorios de la crisis matrimonial consisten en decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de celebrado el matrimonio dirigidas a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial".[61] Añade que también cabe definirlos como el negocio jurídico familiar utilizado por los futuros cónyuges o por los ya esposos para reglamentar "total o parcialmente las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su matrimonio sea por separación o divorcio".

Es sabido y comúnmente admitido que en España las capitulaciones matrimoniales han sido el instrumento que históricamente permitió que los cónyuges, con anterioridad al matrimonio, pudieran pactar el régimen económico por el cual se habrían de regir los aspectos patrimoniales, o de otra índole, de aquél. A partir de la reforma por Ley 11/1981 de 13 de mayo, también durante la vigencia del vínculo matrimonial pueden estipular, modificar o sustituir su régimen económico, así como pactar sobre cualesquiera otros asuntos o materias en relación con su matrimonio, al amparo del contenido del artículo 1325 del Código Civil.

CABANILLAS SÁNCHEZ considera que esas otras estipulaciones relativas al matrimonio serán usualmente de carácter personal y familiar pues "es admisible que los cónyuges se refieran en capitulaciones matrimoniales a cuestiones no patrimoniales, aunque no es infrecuente que consten en documento complementario".[62] Asegura que eso viabiliza el pacto entre quienes, antes o después de ser cónyuges, quieren establecer preventivamente un acuerdo "contemplando las consecuencias de la posible ruptura matrimonial en caso de la eventual separación o un posterior divorcio".[63]

En este sentido no hay obstáculo para admitir, como se ha señalado, que las capitulaciones matrimoniales pueden trascender la disciplina regulatoria del régimen económico al que se someten los cónyuges. Con base en los aportes de la doctrina clásica de LACRUZ, es posible entender que tanto lo que ocurre en la práctica como la interpretación jurídica que se le está dando, evidencia que ese instrumento jurídico

[61] Pinto Andrade, *op. cit.*, pág. 47.

[62] Cabanillas Sánchez, *op. cit.*, Las Capitulaciones Matrimoniales, en *Derecho de Familia*, (coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012, pág. 593.

[63] *Íd.*

permite sin duda incluir en el contrato capitular otros acuerdos por razón del matrimonio. Por ello no habría problema en considerar que el instrumento idóneo, aunque obviamente no el único, para recoger los pactos y acuerdos sobre cualquier aspecto de la relación matrimonial son las capitulaciones matrimoniales, siendo conscientes de que ello puede comportar que en el instrumento capitular coexistan diversos negocios cuyo nexo de unión y justificación sea el matrimonio.

En relación con ello es posible considerar que los pactos en previsión de crisis matrimonial pueden formar parte de las capitulaciones matrimoniales. Se ha señalado en el párrafo anterior que el nexo de unión y justificación de los diversos acuerdos es el matrimonio y en este caso —inserción de pactos en previsión de ruptura— también hay que entender que ese nexo es la relación matrimonial, aunque la finalidad de aquellos sea fundamentalmente la regulación de las consecuencias de la disolución del vínculo, o la previsión de los efectos de una separación judicial e incluso de una separación de hecho. Cuando se habla —eufemísticamente— de *crisis matrimonial*, en un principio puede pensarse en la disolución del matrimonio por divorcio, pero también pueden y deben incluirse en tal expresión las situaciones de separación judicial y separación de hecho, cuyas consecuencias y efectos pueden ser pactadas por los cónyuges, con la única limitación del respeto a las normas imperativas que para tales situaciones prevé la normativa civil aplicable. En el contexto apuntado anteriormente, quizá lo más problemático siga siendo la delimitación del alcance de la autonomía de la voluntad de los sujetos en algunos de esos pactos, aunque no se pretende restar trascendencia a la cuestión de la forma en la que se lleven a cabo.

Es sabido que el entendimiento extensivo del contenido de las capitulaciones matrimoniales para albergar cómodamente los acuerdos capitulares de contenido no patrimonial no es unánime en la doctrina.[64] No obstante, es más acertada la corriente doctrinal que reconoce cambios en la funcionalidad de las capitulaciones matrimoniales y admite una lectura distinta de ésta. Es necesario, y jurídicamente aceptable, adscribirle otros designios al contrato capitular que trascienden la estructuración de la economía matrimonial y ampliar su radio de acción para anticipar acuerdos, tanto patrimoniales

[64] Véase, Amorós Guardiola, *op. cit.*, Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, pág. 1522; A.L. Cabezuelo Arenas, ¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?, N. 18 Aranzadi Civil, 2004, pág. 2376,

como personales, en relación con las situaciones inherentes a una eventual crisis matrimonial y a la potencial disolución del vínculo matrimonial.[65]

En este sentido, el trabajo de ROCA TRÍAS ha sido fundamental para el análisis crítico, no sólo de esta cuestión, sino de aquella otra más amplia que atañe a la discusión de la función que sirve el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los sujetos en el ámbito del Derecho de familia. A esos efectos, ha expuesto:

> "El ordenamiento jurídico ha vehiculado la expresión de la autonomía de los cónyuges por medio de los capítulos matrimoniales. Cuando de lo que se trata es de organizar la economía de la familia con una perspectiva de futuro, los capítulos han servido para establecer los pactos más convenientes para los matrimonios. Lacruz había ya afirmado que los capítulos estaban íntimamente unidos al matrimonio, pero que éste no era su causa, porque son un contrato accesorio y "aún anulado el matrimonio, los capítulos—si no media causa de invalidez—siguen válidos siquiera ineficaces".
>
> Es un valor aceptado entre los civilistas que los capítulos matrimoniales han perdido su tradicional y originaria razón de ser: ya no son tanto capítulos de organización de una economía sino que encontraremos con mucha más frecuencia capítulos que tienen como finalidad establecer las estipulaciones y los pactos lícitos, personales y familiares, que se consideren convenientes en los casos de crisis de la familia y ruptura del matrimonio. De ahí que se piense que en la actualidad, los capítulos puedan contener aquellas cláusulas que se considere conveniente para afrontar estas crisis."[66] (citas omitidas)

A partir de la idea de que los pactos en previsión de ruptura pueden ser insertados como contenido de las capitulaciones matrimoniales, y en relación con su naturaleza, se acoge el criterio de MARTÍNEZ ESCRIBANO de que los pactos prematrimoniales gozan de una naturaleza típicamente contractual, pero en atención específicamente a su contenido tan "particular", se acercan a tres clases de acuerdos ampliamente admitidos en el Derecho de familia español.[67] Esa postura se apoya en lo afirmado, entre otros, por GONZALEZ DEL POZO[68], quien al partir de la idea de que

---

[65] En este sentido, entre muchos otros, Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 309; S. Gaspar Lera, Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad, ADC, Tomo LXIV, 2011, pág. 1072.

[66] Roca Trías, *op. cit.*, Libertad y Familia, pág. 69. Esa apreciación ya la había adelantado esta autora en referencia al ordenamiento jurídico catalán en Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis, en *Homenaje al Prof. Luis Puig Ferriol* (ABRIL CAMPOY, J.M. y AMAT LLARI, M. E., coordinadores), T. II, 2006, pág. 2118.

[67] C. Martínez Escribano, Pactos Prematrimoniales, Madrid, Ed. Tecnos, 2011, pág. 84.

[68] J. González del Pozo, Acuerdos y Contratos Prematrimoniales (I), Boletín de Derecho de Familia, número 81, julio 2008, pág. 10. Sobre el ámbito objetivo de estos acuerdos y una breve reseña de sus

el contenido del acuerdo prematrimonial que tiene como objetivo anticipar las consecuencias para una eventual ruptura matrimonial se relaciona indiscutiblemente con el matrimonio, hace encabezar esta lista con el contrato de capitulaciones matrimoniales. Esa idea es consecuencia del entendimiento de que la normativa vigente le da cabida cómodamente en virtud de la designación de cualesquiera otras disposiciones del artículo 1325 del Código Civil.[69]

Esta doctrina postula también que el convenio regulador que debe acompañar a las demandas de separación o divorcio, cuando se presentan de mutuo acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, es otra clase de acuerdo al que se aproximan los pactos en previsión de ruptura puesto que su contenido material concuerda con muchos de los asuntos que pueden formar parte de éstos. Así, y debidamente reconocidas las diferencias en cuanto al momento de su formación y a la necesidad de que el convenio regulador sea homologado por decisión judicial, el acercamiento entre ambas figuras es inevitable por cuanto lo acordado por las partes en el pacto en previsión de una eventual ruptura los obligará en su intento de solventar la crisis por medio del convenio regulador. Algo similar ocurre con el acuerdo privado para una separación de hecho, que también se distingue de los pactos en previsión de ruptura porque se conviene en momento distinto a éste, si bien en ausencia de aprobación judicial. Pero las cláusulas de los pactos en previsión de ruptura que hayan

---

normas en los derechos civiles especiales o forales, véase González del Pozo, J. P. Acuerdos y Contratos Prematrimoniales (II), Boletín de Derecho de Familia, número 82, julio 2008.

[69] González del Pozo, *op. cit.*, Acuerdos y Contratos Prematrimoniales (I), pág. 10. Este autor resume así los hitos legislativos que marcaron el desarrollo del derecho vigente y que hemos discutido detenidamente en otros capítulos de este trabajo:

> "La evolución del Derecho de Familia en España en el curso de las tres últimas décadas se ha caracterizado por un progresivo reconocimiento, en etapas sucesivas, de ámbitos de actuación cada vez más amplios a la autonomía privada de los cónyuges. El primer hito de esa evolución está representado por la Ley 14/1975, que eliminó las limitaciones en su capacidad de obrar que padecía la mujer casada. El segundo, lo constituyen las Leyes 11/1981, que reformó los arts. 1323, 1324 y 1458 CC y consagró el principio de absoluta libertad de los cónyuges para celebrar entre sí toda clase de actos y negocios jurídicos y la Ley 30/1981, que introdujo la figura del convenio regulador de efectos de la separación o el divorcio, regulado en el art. 90 CC, produciendo lo que se dio en llamar la "privatización del matrimonio" al conferir a la voluntad de los cónyuges, plasmada en dicho convenio, la categoría de primera fuente jurídica de ordenación y regulación de los efectos derivados de la crisis matrimonial. El tercero, y por ahora último, hito de ese proceso de privatización del derecho de familia lo encontramos en la Ley 15/2005, que ha reforzado el poder de decisión de los cónyuges en dos cuestiones fundamentales, como indica su exposición de motivos: Ha ampliado "… *El ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial*", reconociendo el derecho a no continuar casado. Y, de otra parte, ha admitido el poder de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad (vid., art. 92.4 CC), y el establecimiento de la modalidad de guarda y custodia conjunta o exclusiva de los hijos (art. 92.5 CC)."

acordado los cónyuges, que ahora se separan, les obligan durante la separación de hecho, al igual que si eventualmente se producen una resolución judicial de separación o incluso la disolución del vínculo matrimonial. Cierto es que en estos casos ya se estará en el ámbito del convenio regulador con homologación judicial, pero su contenido estipular estará dado, aun parcialmente, por los acuerdos establecidos por los cónyuges en el pacto otorgado previamente en previsión de la ruptura que ahora se concretiza.[70]

Refiriéndose a esa misma doctrina que acerca los pactos en previsión de ruptura matrimonial a otros negocios jurídicos de Derecho de familia, PINTO ANDRADE afirma que estos comparten un «núcleo básico común» en cuanto "están limitados a la autorregulación de intereses patrimoniales propios de los cónyuges que siendo disponibles e irrenunciables caen bajo el imperio de la autonomía de la voluntad y del principio *pacta sunt servanda ex* art 1255 y 1091 del CC".[71] Añade que la doctrina jurisprudencial ha reiterado que los contratos "*atípicos"* entre cónyuges deben satisfacer los requisitos de consentimiento, objeto y causa del artículo 1261 del Código Civil y no deben traspasar los límites a la autonomía de la voluntad que preceptúa el artículo 1255 del Código Civil al prohibir los que sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público. Apunta también que si bien los acuerdos o pactos en previsión de ruptura matrimonial gozan de la naturaleza jurídica común de esos otros negocios jurídicos de familia, porque son igualmente contractuales y enfrentan límites a la autonomía de la voluntad, aquellos tienen el rasgo distintivo de que se acuerdan antes de la crisis matrimonial, bien antes, o después, de celebrado el matrimonio.

De otra parte, otra autora coincide en que es más relevante la cuestión de la fijación del ámbito de la autonomía de la voluntad privada de los cónyuges que la discusión sobre cuál régimen jurídico acoge o debe acoger los pactos en previsión de ruptura matrimonial. En concreto, expresa su preocupación por la determinación que tendría que consolidar el ordenamiento jurídico en cuanto a si la voluntad de las partes admite cualquier pacto, por encontrarse los cónyuges en mejor posición que el Estado para adjudicar qué es lo mejor para ellos en atención a sus circunstancias particulares, o si habrán de imponerse determinados límites a la libertad de pactar justificados por un posible enfrentamiento con otros intereses que deben privilegiarse. Afirma que este último caso podría dar paso a que el pacto en previsión de ruptura quede desplazado por el examen judicial del contenido del acuerdo, mucho más amplio este que el que

[70] En este sentido, Martínez Escribano, *op. cit.*, Pactos Prematrimoniales, pág. 85.

[71] Pinto Andrade, *op. cit.*, Pactos matrimoniales en previsión de ruptura, pág. 48.

procedería si el régimen jurídico al que se someta impartiera un valor mayor a la autonomía de la voluntad contractual de las partes y por ende sólo esté dispuesto a invalidar ese pacto en caso de incumplimiento con los requisitos formales para su celebración o como efecto de la aplicación de la teoría de los vicios del consentimiento, según aplicados en el ámbito contractual general. Perduade la clara posición que esta autora asume al respecto:

> "En definitiva, podría entenderse que el pacto prematrimonial es un contrato más, sometido por tanto a las normas generales sobre validez de los contratos, pero también puede considerarse, y a mi juicio es más acertado, que por tratarse de un acuerdo que incide sobre cuestiones de Derecho de familia, existen ciertos aspectos indisponibles vinculados a la protección pública de la familia y del matrimonio, de manera que aquellos acuerdos que contraríen esta materia imperativa habrían de reputarse nulos. Tal entendimiento permite, por otra parte, mantener las diferencias entre la pareja de hecho y el matrimonio, toda vez que el primero se desenvolvería íntegramente en el ámbito de la autonomía de la voluntad mientras que el segundo encontraría un núcleo mínimo indisponible justificado por una finalidad tuitiva que los poderes públicos reconocen a quien adopta el modelo legal de unión entre dos personas. Sólo si se pretende asimilar el matrimonio y la pareja de hecho debería reconocerse una absoluta libertad de pactos en el ámbito conyugal."[72] (citas omitidas)

Lo anterior reconduce al cuestionamiento sobre si se hace necesario que el ordenamiento jurídico adopte una disciplina regulatoria específica para los pactos en previsión de ruptura matrimonial, que atienda las cuestiones que le atañen de manera particular, pues el Derecho común español no hace mención particular de estos pactos. Sin embargo, basado en el hecho de que el ordenamiento vigente conforma otras normas, que aunque de carácter más general, se relacionan con los acuerdos en previsión de ruptura, es defendible postular que estos proveen, mientras tanto, parámetros suficientes para validar este tipo de pacto en la actualidad. Por ello, es posible reclamar la aplicación de las normas generales de la teoría contractual, particularmente del principio de autonomía de la voluntad privada y sus límites; de los requisitos de consentimiento, objeto y causa; de las normas sobre la forma de los contratos y de la que impide dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y eficacia de lo pactado.[73]

---

[72] Martínez Escribano, *op. cit.,* Pactos Prematrimoniales, pág. 86.

[73] L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Derecho de familia y de la persona, T. IV, Barcelona, Editorial Bosch, 2007, pág. 43.

Así también, la naturaleza del acuerdo en previsión de ruptura activa la aplicación de otros preceptos de cardinal importancia:[74]

> "Pero además, en la medida en que estos contratos se desenvuelven en el ámbito del Derecho de familia, y más concretamente en las relaciones entre los cónyuges, son de aplicación los artículos 1323 y 1325 CC, que permiten respectivamente la libertad de contratación entre cónyuges y la posibilidad de pactar cualquier disposición por razón de matrimonio en capitulaciones; el artículo 32.1 CE y el artículo 1328 CC, que exigen que los pactos respeten la igualdad de derechos entre los cónyuges; el artículo 1814 CC, que prohíbe transigir sobre cuestiones matrimoniales y alimentos futuros; el artículo 90.2 CC, que prohíbe los pactos contenidos en el convenio regulador que sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y por tanto debe entenderse analógicamente que tampoco podrían ser válidos estos acuerdos si se contienen en un pacto prematrimonial, que, como hemos visto, se coloca en el lugar del convenio regulador respecto de aquellos aspectos del convenio que hayan sido objeto de un acuerdo anterior, y, finalmente, el artículo 39 CE, que consagra la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación y que, como veremos, limitará considerablemente la posibilidad de pacto sobre este extremo." (citas omitidas).

En sentido similar GONZÁLEZ DEL POZO venía afirmando la admisibilidad teórica de los acuerdos conyugales en previsión de ruptura al señalar: "Los acuerdos jurídicos prematrimoniales de gran tradición en otros sistemas jurídicos como el inglés, el norteamericano o el alemán, no gozan de reconocimiento expreso ni regulación específica en el CC, a diferencia de lo que ocurre en algunos Derechos Civiles Forales, como el catalán o el valenciano. Sin embargo, no cabe duda de que esos pactos suscritos en previsión de una posible ruptura del matrimonio han de reputarse en principio válidos y eficaces entre los cónyuges, quienes, haciendo uso de la autonomía de su voluntad (art. 1255 CC) y de la plena libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323 CC), o de su libertad para adoptar cualesquiera disposiciones por razón del matrimonio (art. 1325 CC), pueden celebrar entre sí toda clase de negocios jurídicos teniendo las obligaciones nacidas de los mismos plena fuerza vinculante entre los cónyuges, de conformidad con el principio *pacta sunt servanda* establecido en el art. 1091 del CC, siempre que concurran los requisitos esenciales necesarios para la existencia de todo negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa, ex art. 1261 CC), se llenen los requisitos de forma *ad sustantiam* exigidos por la Ley (arts. 1279, 1280 y 1327 CC) y se respeten los límites

[74] *Íd*. Pág. 87.

legales establecidos con carácter general a la autonomía privada (art. 1255 CC) y los específicos impuestos por normas especiales en las materias que sean objeto de pacto o estipulación (arts. 90.2, 1328 y 1814 CC)".[75]

Así lo concluye otro autor al referirse más recientemente al reconocimiento general de la libertad contractual entre los cónyuges como sede de los acuerdos prematrimoniales. Y añade "…parece que, *a priori* los cónyuges tienen libertad de pactar; no obstante la dificultad estriba en los límites de dichos pactos. Se trata, en definitiva de un negocio jurídico de derecho de familia, con plena eficacia jurídica…".[76]

A la luz de lo antes expuesto puede concluirse que el debate doctrinal surgido en orden a la naturaleza jurídica de los pactos en previsión de crisis o ruptura matrimonial se considera si no absolutamente superado, al menos dotado de argumentos lo suficientemente sólidos como para considerar perfectamente válida su inserción como contenido posible de las capitulaciones matrimoniales.[77] Con esta interpretación quedaría resuelto, entre otros, el problema de forma, con lo que ello implica en términos probatorios, el problema de publicidad y la posibilidad de su modificación. Cuestión más espinosa, y no exenta de polémica, es la de si debe aceptarse también la validez de tales pactos cuando están contenidos en documento privado, en igualdad de condiciones y circunstancias con el pacto suscrito en escritura pública.

### 5.2 Forma

En cuanto a la forma que debe exigirse en los pactos en previsión de crisis matrimonial, MARTÍNEZ ESCRIBANO reconoce que, en ausencia de una disciplina normativa específica para este tipo de pactos que preceptúe la forma escritural como requisito de validez, el principio genérico de libertad de forma debería ser suficiente para validar el pacto en previsión de crisis matrimonial acordado en documento privado. No obstante, defiende el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales como el

[75] González del Pozo, *op. cit.*, Acuerdos y contratos prematrimoniales (I) pág. 12. En igual sentido se había expresado, entre otros, M. García Rubio, Precautionary agreements on the economic consequences of matrimonial crisis: are they lawful under Spanish Law?, en *The role of self determination in the modernization of family law in Europe*, Girona, Documenta Universitaria, 2003, pág. 89, 105.

[76] Moreno, La validez de los acuerdos prematrimoniales, número 7049 DL, 2008, pág. 2.

[77] En sentido similar, Paz Ares, Previsiones capitulares, en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares, Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Madrid, Ed. Dykinson, 2008, pág. 116; Aguilar Ruiz, *op. cit.*, Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja, pág 21.

*instrumento idóneo* para recoger los pactos en previsión de ruptura, no sólo porque es el que se usa frecuentemente para ello sino, sobre todo, porque la intervención notarial debe garantizar el asesoramiento imparcial de las partes.[78] Igual criterio sostiene esta autora en relación con el Derecho común español, apoyándose en que se impone el principio de libertad de forma en ausencia de una normativa específica para los pactos prematrimoniales aunque reconoce como mínimo la forma escrita: "*Sería válido entonces tanto el acuerdo recogido en un documento privado como en escritura pública, si bien esta última ofrece la ventaja frente el primero de su mayor fuerza probatoria en los términos del artículo 1.218 CC*".[79]

Igual criterio había defendido antes GARCÍA RUBIO cuando se planteaba concretamente la eficacia de un acuerdo preventivo de renuncia a la pensión compensatoria con anterioridad al surgimiento de la crisis matrimonial y concluía que éste no tiene necesariamente que constar en capitulaciones matrimoniales, y ni siquiera en escritura pública. De ahí que afirmara que tal acuerdo se rige en el aspecto formal "por las reglas generales de los negocios jurídicos que, en este punto, nos conducen a la libertad de forma". La autora reconoce, sin embargo, que dado que la escritura pública tiene acceso registral directo y una mayor relevancia en el ámbito probatorio, debe aconsejarse su utilización.[80]

A pesar de que defiende la validez del pacto previo en documento privado, MARTÍNEZ ESCRIBANO no escatima también en defender la idea del contrato de capitulaciones como "sede natural" de los acuerdos en previsión de ruptura, pues considera que en la medida en que estos pactos traten derechos que surgen con la crisis matrimonial están irremediablemente atados a la denominación de "disposiciones por razón del matrimonio" que se reclama al interpretar la última parte del artículo 1325 del Código Civil.[81] En ello coincide con DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, quien mucho antes se había cuestionado si sería posible que algunos de los asuntos que pueden ser objeto del convenio regulador que firman los cónyuges para poner fin al matrimonio pudieran

---

[78] Martínez Escribano, *op. cit*., Pactos Prematrimoniales, pág. 208.

[79] *Íd*. Pág. 209.

[80] M. García Rubio, Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil, 56 ADC 1653, 1660 (2003). En sentido similar, Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 572:

> "…partiendo de la distinción entre negocio e instrumento cabe concluir que, sin perjuicio de que sea posible, incluso conveniente la incorporación a capitulaciones matrimoniales de este tipo de acuerdos, en el estado actual legislativo, podrán estar incluidos o no y por tanto formalizarse en documento público o privado."

[81] *Íd*. Pág. 210.

pactarse anticipadamente en capítulos matrimoniales para el caso de que en algún momento futuro se llegara a producir la crisis matrimonial. En ese sentido afirmaba que el contenido posible de los capítulos matrimoniales daba albergue a tal posibilidad al quedar ilustrado por la referencia del —entonces nuevo— artículo 1325 CC a *cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*:

> "... ¿Cabe que en la escritura que formalice las capitulaciones se incluya algún pacto que, de alguna manera, contempla la eventualidad de que los cónyuges se separen o se divorcien?
>
> Antes de responder a esta pregunta hay que formularse otra. Al considerar la posibilidad de una capitulación matrimonial que comprenda algún pacto de los que constituyen el posible objeto de un convenio regulador típico o atípico ¿no nos estaremos proponiendo una cuestión meramente académica? Así, a primera vista, parece absurdo que quienes van a contraer matrimonio lo hagan pensando ya en que éste va a funcionar mal. Ciertamente, podría parecer impertinente e indelicado que quienes profesionalmente estamos obligados a asesorar a los particulares, como somos los notarios, sugiriésemos a una pareja joven y enamorada, que se dispone a casarse ilusionadamente, que su matrimonio puede ser un desastre y que, en vista de ello, resulta aconsejable que acuerden ciertas medidas que, en su día, pueden serle útiles.
>
> Pero no pensemos sólo en las parejas jóvenes e ilusionadas, sino en las parejas maduras que contraen nupcias después de haber pasado (los dos o alguno de ellos) por el amargo trance de un fracaso matrimonial anterior que ha tenido que resolverse por medio de un divorcio. La experiencia derivada de ese episodio, estimulará, posiblemente, su talante previsor y si han salido escaldados y doloridos del mismo no les parecerá tan anómalo ni inconveniente que se les haga alguna observación sobre la posibilidad de conseguir una solución más aséptica y menos perjudicial que la que ya han tenido que asumir. Sobre todo, la exclusión de una futura pensión compensatoria a quien esté soportando el pago de otra, que puede ser cuantiosa, no ha de parecerle ciertamente ningún desatino…"[82] (citas omitidas)

Tras reconocer que un sector doctrinal autorizado reclamaba un contenido únicamente patrimonial para las capitulaciones, a pesar de lo dispuesto en el último inciso del artículo 1.325 CC, y se entendía que no podía formar parte de las capitulaciones matrimoniales el convenio regulador, este autor refutaba tal criterio contundentemente:

[82] M. De La Cámara Álvarez, La Autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia, Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, mayo 1986, pág. 47. Ver también, del mismo autor, En torno a la llamada pensión compensatoria del Art. 97 del Código Civil, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985.

> "Por mi parte, pienso que teóricamente estos argumentos no están bien fundados. Así no se comprende que se pueda sostener que la renuncia anticipada, por ejemplo, a la pensión compensatoria, no sea, de suyo, una cuestión matrimonial como en general tiene este carácter cuanto se relacione con la disolución del matrimonio o con la separación de los cónyuges; evidentemente la regulación convencional de cualquier institución de derecho privado, en la medida en que sea susceptible de ser disciplinada por la voluntad de los particulares, abarca cuanto se refiere a su constitución modificación o extinción. Tampoco el segundo argumento me parece convincente. Un pacto capitular cuyo objeto sea prever y regular algún efecto consiguiente a la separación o al divorcio tiene, en principio, valor meramente preventivo y sólo estará llamado a surtir efecto si los cónyuges se separan o se divorcian. Mas, si se da esta circunstancia, no hay razón para que el acuerdo carezca de fuerza vinculante; la tendrá en la medida en que la tienen todos los convenios a que alude el artículo 90 y deberá pasar por el tamiz de la homologación judicial que, recordémoslo, no puede ser denegada discrecionalmente."[83] (citas omitidas)

ANGUITA VILLANUEVA también enfrenta la cuestión de si las capitulaciones matrimoniales son el único instrumento eficaz para acordar cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio, en particular aquellas contenidas en un acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura. Su contestación es una negativa parcial. Explica que la calificación de parcial la utiliza para resaltar que una parte del contenido de los acuerdos prematrimoniales obligatoriamente tiene que revestir la forma pública, aquella relativa al régimen económico matrimonial. Deduce esta apreciación de la interpretación literal e integrada de los artículos 1315, 1325 y 1327 del Código Civil y, por considerar que se trata de una norma imperativa, descarta que pueda argumentarse razonablemente que la parte de un acuerdo prematrimonial relacionada con el régimen económico del matrimonio pueda escapar al requisito de forma escritural.[84]

---

[83] *Íd*. Pág. 48. Refiriéndose a la necesidad de integrar el aspecto práctico al análisis de esta cuestión, este autor apuntaba:

> "…es casi inconcebible que si las capitulaciones se otorgan antes del matrimonio, ya sea por quienes se casan por primera vez o por quienes contraen segundas nupcias, incorporen un convenio regulador, pero, en cambio, si las capitulaciones (disolviendo, por ejemplo, el régimen ganancial y sustituyéndolo por el de separación) son la antesala de la separación o del divorcio no hay obstáculo que oponer a que el texto del convenio regulador (que habitualmente se formaliza en documento separado) se incorpore a la escritura capitular. Por lo demás, una cosa es el convenio regulador «sensu stricto» y otra la previsión anticipada de alguno de los puntos que forman parte de ese convenio; por ejemplo, contribución a las cargas del matrimonio o renuncia a la pensión compensatoria, extremos sobre los que ya no sería tan anómalo, como antes se indicó, que algo se pactase." *Íd*. Pág. 49.

[84] Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 311.

Sin embargo, para la parte del contenido de los pactos prematrimoniales que no se relacionen con el régimen económico matrimonial, reclama el principio de libertad de forma que se le ha venido dando a los contratos entre cónyuges porque no halla impedimento normativo que frene el reconocimiento de la autonomía de la voluntad también en la esfera de los acuerdos prematrimoniales. El autor es contundente al justificar la libertad de forma parcial para los acuerdos prematrimoniales sobre la idea de que, si la forma *ad solemnitatem* no coarta la facultad de contratación de los cónyuges más allá de lo dispuesto en el artículo 1325 del Código Civil, no debe haber impedimento para que se le ofrezca esa misma solución a los pactos prematrimoniales, considerando especialmente que en éstos los requisitos pueden entenderse menos rigurosos dada la menor relevancia que revisten tales acuerdos respecto de los terceros, distinto a los supuestos postmatrimoniales. Cabe apuntar, sin embargo, que su apreciación no le impide admitir que el hecho de que la vía aformal esté disponible para instrumentar los acuerdos prematrimoniales no significa necesariamente que excluirlos de los capítulos sea la opción óptima, pues han de tenerse en cuenta los efectos procesales de ello.[85]

Igual criterio esbozaba antes REBOLLEDO VARELA al defender la posibilidad de someter la cuestión al principio de libertad de pacto:

> "Parece, pues, que al igual que sucede en el derecho civil catalán, en el régimen del Código Civil los pactos previos—que sean válidos—pueden constar en capitulaciones matrimoniales. Ahora bien, el problema es si las capitulaciones matrimoniales son instrumento formal necesario para los pactos previos. En principio, y salvo cuestiones relacionadas con el régimen económico matrimonial—que a mi juicio sí deben de constar necesariamente en capitulaciones matrimoniales--, cuando hablamos de pactos previos (especialmente concernientes a la compensación económica de los arts. 97 CC y 84 CF), sin perjuicio de los problemas o no de su validez, nos encontraríamos dentro del ámbito contractual sometido al principio de libertad de forma del artículo 1278 CC. Por ello, lo mismo que se mantiene la validez de la renuncia a la pensión compensatoria que se puede realizar en un convenio regulador no ratificado, que en la práctica consta en un documento privado, también puede admitirse, en cuanto al

[85] *Íd*. Pág. 313. En este contexto, el autor llama particularmente la atención al hecho de que la dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN núm. 4/2003, de 19 de junio) y la dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas en el caso de Cataluña (Resolución núm. 3874/2007, de 9 de noviembre) han cerrado por el momento la posibilidad de que accedan al registro civil y de la propiedad los acuerdos prematrimoniales o matrimoniales cuyo contenido no sea estrictamente el relativo a la regulación del régimen económico matrimonial. Eso le lleva a concluir que "parece que con independencia de la forma, si se altera el contenido clásico de los capítulos estos van a tener vedado su acceso registral".

> requisito de forma, la validez de una renuncia previa sin necesidad de que conste en capitulaciones matrimoniales lo que, sin embargo, podría ser más dudoso respecto de la renuncia a la compensación económica del artículo 1438 CC."[86]

Planteada la discusión y las diversas opiniones en los términos consignados, y habida cuenta del planteamiento hecho al comienzo de este capítulo, para la hipótesis de que los pactos en previsión de ruptura se inserten como parte del contenido de las capitulaciones matrimoniales, necesariamente deberá cumplirse el requisito de que consten en escritura pública; obviamente su eficacia y validez dependerá de la de aquélla. Ello porque, como expresa PARRA LUCÁN, la importancia que reviste que sea el notario quien da forma real al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas con la preparación de la escrituras públicas como reflejo de los solicitado por éstas, pero no sólo en el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales y contractuales entre extraños sino también en la esfera de las relaciones familiares. Su función al asesorar a las partes sobre los límites que establece la normativa reguladora de los negocios jurídicos familiares contribuye a la seguridad jurídica y a una mayor previsibilidad, factores ambos de indudable trascendencia para el tráfico jurídico.[87]

Como también se aprecia de la discusión previa, cuestión distinta es la referida a que dichos pactos, no formando parte de la estipulación capitular, pudieran consignarse en documento privado. La discusión sobre la validez, eficacia y eventual oponibilidad frente a terceros, de estos pactos en previsión de ruptura que consten en documento privado, excede, por mucho, el planteamiento propuesto en esta Tesis. No obstante, se ha dado noticia de algunas opiniones doctrinales y se retomará una breve referencia al tema al discutir la legislación autonómica pertinente.

### 5.3 Validez y eficacia de los pactos en previsión de ruptura: límites a la autonomía de la voluntad

Cabe una revisita al tema del alcance de la voluntad privada de los cónyuges para extrapolar algunas ideas discutidas en un capítulo previo referidas al contexto

[86] A. 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 *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. 1, 736, 741, Ed. Thomson Civitas (2008).

[87] M. Parra Lucán, Autonomía de la voluntad y Derecho de familia, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, (Lorenzo Pratts Albentosa), 2012, Vol. I, pág. 103.

concreto del ejercicio del principio de autorregulación en el diseño anticipado de las soluciones específicas que quieren dar los sujetos de la relación matrimonial a una futura ruptura. En ese tenor, debe comenzarse señalando que dada la ausencia de un régimen normativo que expresamente valide tales pactos preventivos, así como su escasa trayectoria en la jurisprudencia, resulta de especial relevancia el tratamiento dispensado por esta última a los acuerdos conyugales privados celebrados una vez ha surgido la crisis matrimonial.[88] Más concretamente, se refiere a acuerdos conyugales que no forman parte de un convenio regulador ni están contenidos en capitulaciones matrimoniales y que usualmente nacen en el escenario de una separación de hecho para atender en consenso determinados efectos que ya despliega la crisis. Si bien se trata de una figura distinta al pacto previo a la ruptura, guarda afinidad con este en cuanto pretende recoger la voluntad consensuada de los cónyuges sobre las consecuencias de la crisis sin necesidad de someterlo a la homologación o control judicial.

Mucho se ha reseñado la trayectoria iniciada, más concretamente, con una sentencia dictada hace ya casi dos décadas y que luego se reprodujo en importantes pronunciamientos posteriores.[89] Al respecto, GASPAR LERA[90] afirma que a partir de la sentencia emitida con fecha de 22 de abril de 1997[91] el Tribunal Supremo español reconoció la validez y la eficacia de los contratos celebrados entre cónyuges para atender los efectos de una situación de crisis matrimonial sin aprobación judicial: "La validez de estos acuerdos, calificados por la jurisprudencia como auténticos negocios jurídicos de Derecho de familia, viene determinada por la concurrencia de los requisitos estructurales establecidos con carácter general en sede de contratos (art. 1261 CC) y por el cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley *ad solemnitatem* o *ad*

[88] En este sentido, entre muchos otros, Aguilar Ruiz, *op. cit.*, Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja, pág. 25; Moreno Velasco, *op. cit*., Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales, págs. 31, 53.

[89] M.I. De La Iglesia Monje, Pactos prenupciales y determinación de la residencia habitual, RCDI, Núm. 747, 2015, p. 375. De la misma autora puede verse, Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador, RCDI, Núm. 730, 2012, p. 1029.

[90] S. Gaspar Lera, Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad, ADC, Tomo LXIV, 2011, pág. 1044. Cabanillas Sánchez puntualiza que, aunque es admisible el contenido de estipulaciones de naturaleza personal y familiar en el contrato capitular junto al contenido típicamente patrimonial, con frecuencia se hacen constar fuera de aquel, en documento complementario, acuerdos en previsión de crisis para el caso de una eventual separación o divorcio. Afirma: "Este documento complementario no constituye unas auténticas capitulaciones matrimoniales, sin que esté sometido al mismo régimen legal (STS de 17 de octubre de 2007[RJ 2007, 7307]). Las capitulaciones matrimoniales no son instrumento formal necesario para este tipo de pactos." A. Cabanillas Sánchez, Las Capitulaciones Matrimoniales, en Derecho de familia, (coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012, pág. 593.

[91] RJ 1997/3251

*sustantiam* para determinados actos de disposición; se trata de acuerdos que constituyen, en suma, una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas que no está condicionada en cuanto a su validez y fuerza vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial. Entre otras muchas, a este respecto, la SSTS de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002/1619), 3 de febrero de 2006 (RJ 2006/622) y 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/7307)".

Sin embargo, el Tribunal Supremo no había atendido expresamente la cuestión de la validez de un pacto *en previsión* de posible ruptura hasta que dictó la Sentencia de 31 de marzo de 2011,[92] la cual, por su importancia, se estudia detenidamente a continuación. Lo primero que debe resaltarse es que la referida sentencia validó un acuerdo *matrimonial* otorgado en previsión de una futura y *segunda* crisis por unos cónyuges que, entonces reconciliados, pactaron después de sobrellevar una primera separación de hecho. Los hechos particulares del caso demuestran que los cónyuges llevaban dos años de matrimonio cuando la esposa instó demanda de separación y de medidas provisionales. Seis semanas después los cónyuges acordaron disolver la sociedad de gananciales, y elevaron a escritura pública un documento denominado "convenio regulador" en el que hicieron constar varios pactos a los efectos siguientes: (1) la esposa desistiría del procedimiento de separación; (2) el esposo se obligaba a que, de producirse una nueva separación, (a) entregaría a la esposa, en mensualidades anticipadas, la cantidad de 200.000 pesetas más el importe actualizado hasta el momento del nacimiento de la obligación de pago (b) donaría un piso o la esposa, quien lo elegiría libremente, pero el precio de aquel no podría exceder el valor de 30 millones de pesetas, actualizado al momento del nacimiento de la obligación, en cuyo caso ella pagaría el exceso de precio. Tres años después la esposa instó una nueva de demanda de separación que culminó eventualmente en una sentencia de divorcio, en la cual no se fijó pensión compensatoria por haberse confirmado la inexistencia de desequilibrio económico y solo se estableció una pensión de alimentos a favor del hijo en común, nacido entre la primera separación y la segunda.

En juicio ejecutivo, la esposa solicitó el cumplimiento de los pactos previos por haberse cumplido la condición de la ruptura, lo que fue rechazado por el juzgado de instancia, —y confirmado por la Audiencia Provincial de Madrid— tras considerar que la deuda reclamada era ilíquida. La señora procedió entonces a demandar a su

[92] STS 217/2011, de 31 de marzo. (RJ 2011/3137).

excónyuge y reclamó al tribunal que este venía obligado al cumplimiento de lo pactado y a indemnizarle por daños y perjuicios. El demandado contestó y alegó: a) nulidad de los pactos por intimidación y falta de consentimiento dada su situación personal al firmarlos; b) nulidad de la promesa de donación; c) revocación de los pactos por el nacimiento posterior del hijo; d) cosa juzgada; e) prescripción y f) nulidad del contrato por dejar su cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes. La demanda fue desestimada por el foro de instancia, el cual declaró la nulidad de los pactos por contrariar el artículo 1256 CC; desestimó la causa de nulidad por vicio del consentimiento reclamada por el demandado; y determinó la inexistencia de una donación por referirse a un bien futuro cuya determinación y adquisición queda a la libre voluntad del donatario, en contravención de los artículos 635 y 633 CC.

La demandante recurrió en apelación, el demandado se opuso, y la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso por entender que el pacto era nulo, al entender que quedó al arbitrio exclusivo de la esposa la separación como condición para exigir su cumplimiento y que en todo caso dichos pactos fueron novados y renunciados tácitamente dado que no se aportaron en el procedimiento de separación ni en el posterior de divorcio.[93] La demandante interpuso entonces un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que este entendió enfocado en dos motivos que procedió a atender

[93] En el Fundamento PRIMERO se apuntan los señalamientos de la Audiencia Provincial de Madrid:

> "**a)** "no se especifican las razones por las que pactan las obligaciones condicionadas de abonar determinada cantidad mensual actualizada pagaderas por meses anticipados junto con la obligación de donar un inmueble tasado, todo ello, a cargo de D. Arturo figurando la expresión literal -En el supuesto de que se produzca, de nuevo, la separación de los comparecientes- por lo que las afirmaciones que contempla la sentencia en el FJ ordinal segundo, al margen de considerar que la verdadera intención de Da Esther fue la de obtener y asegurarse un enriquecimiento a costa de futuros bienes del marido que en su día pudiera recibir este último citado por herencia, como deduce el juzgador a quo sino más bien la falta de expresión en el convenio, concretamente que la nueva separación obedeciera bien por causa imputable al marido, o bien de común acuerdo ambos cónyuges dados los antecedentes y situación sentimental por la que atravesaban decidiendo entablar esa primera separación Da Esther. Pues bien, lo cierto, en el presente supuesto, la estipulación genérica, es decir, el pacto que contempla únicamente para el supuesto de separarse, de nuevo; es claro, conforme determina el art. 1.256 CC, se está dejando al arbitrio exclusivo de una de las partes, en este caso, a Da Esther, en su exclusivo beneficio decidir la separación y, por tanto, a partir de entonces exigir el cumplimiento del convenio con plenos efectos retroactivos incluidas las actualizaciones según IPC", y **b)** "el Convenio Regulador alcanzado entre las partes podía desplegar efectos jurídicos, pero la circunstancia acreditada de no aportarlo ni alegarlo Da Esther en el procedimiento de separación entablado, ni en el posterior de divorcio, cabe interpretarlo en el sentido de que dichos pactos fueron novados, implicando ello una renuncia tácita como lo demuestra claramente que no se aportó el citado convenio en el procedimiento de separación ni en el de divorcio, y, en cambio, liquidaron a continuación el régimen económico de la sociedad de gananciales, sin hacer referencia en momento alguno a los pactos ahora exigidos, constando expresamente que quedaba zanjada y liquidada cualquier cantidad que se pudiera haber reclamado".

conjuntamente: la validez de los pactos que anticiparon las consecuencias de una crisis futura y la de su contenido concreto.[94]

En relación con los pactos conyugales fuera del convenio regulador, el Tribunal Supremo repasó sus pronunciamientos anteriores y, en virtud de estos, reiteró genéricamente la validez de aquellos como ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial, según expresa en su Fundamento TERCERO. Por su importancia, se cita la parte relevante *in extenso*:

> La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: *"en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c."*. Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del

[94] El Fundamento SEGUNDO articula los motivos del recurso de casación:

> "*Motivo primero*. Vulneración de los Arts. 1115 y 1256 CC y de las SSTS de 10 diciembre 1960, 8 noviembre 1978, 3 marzo 1992 y 13 febrero 1999, que los interpretan. La *ratio decidendi* de la sentencia de instancia y de la de apelación consiste en considerar que el contrato cuyo cumplimiento se pidió era nulo por dejar al arbitrio exclusivo de una de las partes iniciar o no la separación. Señala que el contrato cuyo cumplimiento se pretende es una donación unilateral, porque solo genera obligaciones para el recurrido, remuneratoria y sometida a condición suspensiva. Pasa a considerar el Art. 1115 CC, cuya vulneración pretende sea declarada, porque lo que el Código prohíbe es que la efectividad dependa de la voluntad exclusiva del deudor, no del acreedor, como ocurre en el presente caso. Por ello entiende que la nulidad de la obligación principal declarada por la Sala con fundamento en el Art. 1256 CC, ha sido erróneamente apreciada, porque lo único que dependió de la voluntad de Da Angelica fue el acaecimiento de la condición suspensiva y no su cumplimiento.
>
> *Motivo segundo.* Vulneración de los Arts. 1114, 1255, 1258, 1278, 1281, 1282 y 1323 CC, así como las sentencias de 20 febrero 1988, 4 julio 1994, 24 junio 1995, 21 mayo 1997, 24 julio 1997, 19 diciembre 1997, 17 diciembre 2003, 16 junio 2005 y 13 octubre 2005. Se reprocha a la sentencia recurrida: a) que no haya declarado cumplida la condición suspensiva; b) que haya declarado la nulidad de la donación; c) que no obliga al cumplimiento de los pactos; d) que realiza una interpretación arbitraria del contrato de donación; e) que pretende declarar nula una obligación entre marido y mujer válida en derecho, lo cual, según la recurrente, resulta especialmente injusto en relación a las diversas circunstancias personales que han intervenido en la relación de pareja.
>
> *Motivo tercero*. Vulneración de los Arts. 1203 y 1204 CC y de diversas sentencias que los interpretan. Dice la recurrente que el convenio regulador aprobado por el juzgado de familia en el seno del ulterior procedimiento de separación habría novado el contrato de donación. Este contrato no es un convenio regulador, aunque se le califique como tal en la escritura, porque las obligaciones que se pactan como contenido hacen concluir que participa de la naturaleza jurídica de las donaciones. Además, no concurrió en ningún caso el *animus novandi*."

convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 octubre 2007).

La sentencia de 23 de diciembre de 1998 distinguía entre convenio regulador y acuerdos transaccionales posteriores, reconociendo que "[...] una vez homologado el convenio [...], *los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial*; la sentencia de 22 abril 1997 declara que *"es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes". "No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez"*, teniendo en cuenta que el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal *"como negocio jurídico"*.

En consecuencia, *"las partes deben cumplir el negocio jurídico concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 C.c ."*; la sentencia de 27 de enero de 1998, con cita de la anteriormente transcrita, afirma que *"salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos interpartes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites lícitos de la autonomía de la voluntad"*. La sentencia de 21 de diciembre de 1998 afirma que aparte del convenio regulador, que tiene *"carácter contractualista"*, no se impide que al margen del mismo, " *los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado [....] tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el art.1255 C.c ."*.

Asimismo, la sentencia de 15 de febrero de 2002 reconocía la validez de un contrato privado de liquidación de la sociedad de gananciales con la consideración de que *"los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio) en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 C.c.) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 C.c.), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter «ad solemnitatem» o «ad substantiam» para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia"*. En el mismo sentido debe citarse la

sentencia de 17 octubre 2007. Esta jurisprudencia ha dado lugar al art. 233-5 CCCat, que establece que estos pactos vinculan a los cónyuges.

En el Fundamento CUARTO de la referida Sentencia, el Tribunal Supremo se expresa sobre los requisitos concretos para la validez de los pactos distintos del convenio regulador:

> "Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado *convenio regulador*, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación.
>
> Como se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato.
>
> En este caso hay que concluir que concurre: **a)** el consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque aunque el recurrido alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; **b)** objeto del contrato, y **c)** causa de la obligación establecida. En este sentido el contrato generó únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual."

En referencia a la controversia sobre la interpretación del contrato a la luz de lo preceptuado en el artículo 1256 CC —adjudicada por sendos foros inferiores a favor de la nulidad del acuerdo, el Tribunal Supremo consigna en el Fundamento QUINTO:

> "El art. 1256 CC es una consecuencia lógica del art. 1254 CC, que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato. En definitiva, se trata de una norma que no tiene carácter absoluto, porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos (Ver SSTS de 9 enero 1995, 27 febrero 1997, 4 diciembre 1998).
>
> La aplicación del art. 1256 CC en este caso, es claramente contraria a las disposiciones reguladoras del contrato, porque tiene su origen en una interpretación que llega a resultados absurdos, de acuerdo con la literalidad del propio contrato. Según se ha reproducido en el FJ primero de esta sentencia, los cónyuges pactaron que "*En el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, D. Claudio vendrá obligado a lo siguiente[...]"* ; por tanto, la obligación de

> D. Claudio surgía fuera quien fuera quien iniciara la nueva separación y es por ello que interpretar esta cláusula en el sentido de que se dejaba a la iniciativa de la recurrente la eficacia del pacto, lleva a un resultado no admisible de acuerdo con las reglas de la interpretación que pueden ser revisadas por esta Sala en aquellos casos en que esto se produzca (STS de 14 febrero 2010).”

A base de esos criterios, el Tribunal Supremo validó el contrato en cuestión y pasó a examinar la validez de su contenido concreto. Así, en cuanto a la obligación del demandado de pagar una renta mensual a la esposa, el Fundamento SEXTO decretó la validez y eficacia del pacto por entenderlo independiente de que concurrieran o no los requisitos de una pensión compensatoria. Además, estimó que al no tratarse de un convenio regulador no tenía que haberse aportado a la segunda demanda de separación: “porque goza de autonomía propia y no está ligado al procedimiento matrimonial. Por ello no puede atribuirse a este hecho la renuncia tácita que deduce la sentencia recurrida”.

Sin embargo, el pacto constitutivo de una promesa de donación no mereció el mismo criterio:

> “Mayores dificultades plantea la admisión de la validez de la promesa del marido de donar un piso a su esposa en las condiciones y características que se pactan.
> La presente donación choca con dos obstáculos: **a)** se trata de una donación con un objeto indeterminado, un piso a elección de la donataria, que, por tanto, vulnera la prohibición del Art. 635 CC, que establece que "la donación no podrá comprender los bienes futuros", que según el propio artículo, serán aquellos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación y ello porque la donación transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados, lo que resulta imposible en relación a los futuros; **b)** la validez de este tipo de donaciones ha sido ya estudiada por esta Sala en sentencias 24 y 25 enero 2008. Esta última dice lo siguiente: *"1o Respecto de la promesa de donación (no donación meramente obligatoria como afirma el recurrente) debe recordarse aquí que desde la sentencia de 6 junio 1908, esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación (asimismo SSTS de 27 junio 1914 , 25 abril 1924 , 22 enero 1930 , 21 noviembre 1935 , que requiere la aceptación por escrito, 21 junio 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, 22 junio 1982, 23 diciembre 1995, 6 febrero 1996 y 19 junio 1999). La de 25 noviembre 2004 afirma que "ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles". En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de la donación en la que concurren todos los requisitos legales".*

Por último la Sentencia reitera de forma general que el contrato en cuestión era "atípico, válido, de acuerdo con la autonomía de la voluntad" y cumplía con los requisitos de consentimiento, objeto y causa exigidos por el art. 1261 CC. Por lo que validó el pago de una pensión mensual a la demandante a cargo del demandado, pero declaró la nulidad de la promesa de donación por tratarse de cosa futura indeterminada.

Como se aprecia, el supuesto fáctico atendido en el caso no es el más típico para el cual están pensados los pactos anticipatorios de las consecuencias de la ruptura matrimonial, pero no hay duda de que la contundente acogida brindada por el más alto foro español al pacto conyugal en previsión de una segunda ruptura contribuye a atender el déficit del Derecho civil común en la materia. De hecho, para CABEZUELO ARENAS, el Tribunal Supremo "acomete señaladamente una recepción de los planteamientos catalanes", por lo que entiende que esa Curia aprovechó la Sentencia para apuntar que su validación jurisprudencial de los acuerdos conyugales distintos del convenio regulador dio lugar al reconocimiento de estos en la legislación catalana. Afirma la autora, además, que la referida sentencia dirime la falta de precisión del Código Civil español.[95]

A mi modo de ver, esto último, sin embargo, hay que matizarlo pues las cuestiones que comporta la validez y eficacia del acuerdo en previsión de ruptura no se agotan con los supuestos fácticos atendidos en la referida sentencia. Tanto el pacto matrimonial en previsión de una eventual ruptura —acordado constante matrimonio pero sin señal alguna de crisis—, como el acuerdo prematrimonial en el que no solo es inexistente la ruptura sino el matrimonio mismo, presentan cuestiones distintas a las de un pacto celebrado una vez ha aflorado la crisis o incluso en el escenario de una reconciliación. Por ende, si bien no puede desestimarse la trascendencia de la referida Sentencia, tampoco puede darse por superada la cuestión.

REBOLLEDO VARELA, al referirse a las posibles dudas sobre la validez y eficacia de los pactos en previsión de ruptura desvinculados totalmente de la existencia de una crisis, con anterioridad a la referida STS de 31 de marzo, había señalado: "los posibles pactos previos que los cónyuges puedan acordar en previsión de la futura ruptura matrimonial, cualquiera que sea su ámbito de extensión, obviamente no

[95]A. L. Cabezuelo Arenas, Pactos preventivos sobre la pensión compensatoria, en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, pág. 47.

constituyen un convenio regulador por lo que, en un divorcio contencioso, los problemas que plantea en absoluto son los propios de un convenio regulador no ratificado".[96] De hecho, también se ha apuntado que aunque la Sentencia pretendió destacar la diferencia entre los pactos previos a la ruptura y el convenio regulador en sentido estricto, no elaboró en las distinciones entre unos y otro: "Pero este punto de partida tiene escaso recorrido desde el momento en que la doctrina jurisprudencial surgida al hilo de las controversias relativas a los primeros, se ha aplicado a los convenios reguladores no aprobados judicialmente, y viceversa, pudiendo obtenerse la conclusión de que su tratamiento es prácticamente idéntico, sobre todo en lo que concierne a las estipulaciones de carácter patrimonial".[97]

A juicio de FERRER RIBA, aunque en la STS de 31 de marzo de 2011 el Tribunal Supremo se muestra receptivo a reconocer validez y eficacia a los acuerdos en previsión de futura ruptura al validar la obligación pactada de pagar una renta mensual a la esposa, el argumento utilizado por la Sala para negar validez al pacto de donación es "formalista" y "débil".[98] Asimismo, en opinión de PARRA LUCÁN, la Sentencia interpreta muy restrictivamente el contenido del pacto previo en cuanto a la donación se refiere y ello no necesariamente se justifica:

> "El Tribunal Supremo, en definitiva, partiendo de una concepción de la donación como acto dispositivo («la donación transfiere al donatario la propiedad los bienes donados, lo que resulta imposible en relación a los futuros»), y aplicando el art. 635 CC, niega la validez de la "promesa" de donar un piso. En realidad, cabe observar que en el caso de esta sentencia no se trata de una "promesa", a diferencia de los supuestos que dan lugar a la dos sentencia de 2008 citadas en la propia sentencia: …(en ellas se entiende que falta la aceptación de los hijos beneficiarios), sino de una donación meramente obligatoria que, para buena parte de la doctrina

[96] A. Rebolledo Varela, *op. cit.*, 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), pág. 738. Otra autora también entiende que los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura "presentan unas características propias -por razón de los sujetos, finalidad, contenido y momento de celebración- que exigen un examen más estricto de su validez y eficacia", S. Gaspar Lera, Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad, ADC, Tomo LXIV, 2011, pág. 1047.

[97] M. Castilla Barea, Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (I), en *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. II, (coord. Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuena Casas, Matilde.) Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 375.

[98] J. Ferrer Riba, Marital agreements and private autonomy in Spain, en *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, (Jens M. Scherpe, ed.) Hart Publishing, Oxford, 2012, pág. 362. Igualmente, para M. Anderson, el razonamiento de la Sala 1ra en cuanto a la nulidad de la obligación de donar un inmueble "puede ser calificado al menos como excesivamente rígido", opinión que fundamenta detenidamente en M. Anderson, Comentario a Sentencia de 31 de marzo de 2011 RJ 2158/2001, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 88, 2012, pág. 395, págs. 401-405.

> española es un negocio atípico (no es la donación que regula el Código civil) pero válido, por tener como causa la mera liberalidad del bienhechor … admitida la licitud de la renta no se ve la razón por la que se excluye la validez de la obligación de entregar un inmueble a elección de la esposa: se trata de una obligación alternativa y se cumple el requisito de la forma (escritura pública)".[99]

Esta autora también objeta que el Tribunal Supremo no le diera importancia al hecho de que en el procedimiento judicial previo las partes no trajeron a colación el pacto en previsión de una segunda ruptura. Entiende que hubiese convenido apreciar si exigir lo pactado no era incompatible con los resultados patrimoniales del pleito matrimonial previo pues sus consecuencias no necesariamente eran irrelevantes a las obligaciones pactadas.[100] A esos efectos también se expresa otra autora, aunque va más lejos para apuntar que no le extrañaba la afirmación de la Audiencia en el sentido de que los pactos fueron novados tácitamente al no ser aportados a los pleitos matrimoniales previos. Considera que si bien era cierto lo alegado por la esposa en términos de que no se trataba de un convenio regulador, también no había duda de que el pacto contempló una disolución de la sociedad ganancial:

> "La pregunta que viene inmediatamente a la mente es: ¿Cual fuel contenido de la liquidación de la sociedad de gananciales? ¿Se estimó disuelta en 1989? ¿O bien se consideró que siguieron generándose bienes gananciales, como mínimo, hasta la fecha de la firmeza de la sentencia de separación en 1993? Si fue esto último lo que ocurrió, a mi modo de ver, la exigibilidad de lo pactado resulta más que dudosa, en virtud tanto de la doctrina de los propios actos como del posible desequilibrio que entre las partes puede producir este proceder. En efecto, las atribuciones gratuitas del marido podían tener sentido en el marco de la separación de bienes que instauraban en el mismo documento como régimen del matrimonio. ¿Es legítimo mantener la vinculación a lo prometido en el marco de un sistema distinto al que luego se liquida? Sin conocer los detalles del caso, es imposible responder a esta cuestión, aunque seguramente este presumible desequilibrio explica en parte el contenido final de la resolución del TS más allá de la justificación dogmática que proporciona la sentencia misma."[101]

---

[99] Á. Parra Lucán, "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia, en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado: Estudios en Conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, (coord. Lorenzo Pratts Albentosa), 2012, Vol. I, pág. 275.

[100] *Íd*. Pág. 276.

[101] M. Anderson, Comentario a Sentencia de 31 de marzo de 2011 RJ 2158/2001, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Núm. 88, 2012, pág. 395.

Se trata de un análisis apropiado que pone de manifiesto lo afirmado en líneas previas en el sentido de que las cuestiones que plantean la validez y eficacia de los acuerdos en previsión de ruptura no están del todo superados por la STS de 31 de marzo de 2011. De hecho, resulta un tanto particular que esa misma sentencia haga referencia a la influencia de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en la legislación catalana, aunque parece que esta no hubiese validado el pacto en cuestión. Al menos en cuanto a la forma, como habrá ocasión de discutir en un apartado próximo, podría haberlo impedido el incumplimiento de la exigencia al notario de informar por separado, y previamente, a cada uno de los otorgantes el impacto del acuerdo en contraste con la aplicación de las normas por defecto. En relación con el contenido sustantivo concreto del acuerdo, parece que habría tenido que examinarse su validez a la luz de la totalidad de las consecuencias patrimoniales provocadas por la ruptura matrimonial, de modo que pudiera entrarse a apreciar el cumplimiento de la exigencia de reciprocidad de la normativa catalana, que más adelante también se discutirá. Por ahora, basta apuntar que ello, sin duda, resalta la necesidad de haber atendido al resto de los acuerdos logrados por las partes en sus pleitos matrimoniales previos.[102]

También llama la atención la apreciación de quien fuera la Magistrada Ponente en la referida STS 217/2011, pues posteriormente consideró que el acuerdo allí examinado era uno de esos supuestos "al límite de la autonomía de la voluntad" que el Tribunal Supremo ha admitido en sus pronunciamientos más recientes y que a su juicio "pueden proporcionar al lector algunas pistas sobre lo que deben considerarse o no como límites a la autonomía de la voluntad".[103] De igual forma se refirió a otras dos sentencias que atendieron recursos sobre la validez de determinados acuerdos conyugales que —aunque se recogieron en sendos convenios reguladores— no se refieren al contenido típico de estos. De ahí que resulten muy pertinentes para la

[102] La precitada autora examina detenidamente estas y otras cuestiones del acuerdo considerado en la referida STS de 31 de marzo de 2011 y su interpretación a la luz de la normativa catalana. Entre otros señalamientos, apunta: "Por si esto fuera poco, recordemos que el art. 231-20 CCCat requiere que los pactos de exclusión y de renuncia a derechos sean recíprocos; no hay duda de que está pensando en la renuncia a derechos previstos como medidas derivadas de la nulidad, separación o divorcio (en particular, la compensación económica o la prestación compensatoria), pero ¿no cabría considerar como pacto de renuncia la asunción de obligaciones por parte del marido que la ley no le impondría? Es decir, ¿no estaría el marido renunciando al derecho a no satisfacer cantidades a su esposa cuando asume el compromiso de hacerlo aunque no concurran las circunstancias que le darían derecho a ello?, ¿Se cumple la exigencia de reciprocidad?. M. Anderson, op. cit., pág. 398. De la misma autora, puede verse también M. Anderson, Los acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial: la reforma catalana de 2010 en contraste con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, 83 Rev. Jur. U.P.R. 599 (2014).

[103] Roca Trías, *op. cit.*, Libertad y Familia, pág. 86.

correcta apreciación del alcance del principio la autonomía de la voluntad ejercida fuera de los cauces tradicionales que ha tenido la libertad de contratación conyugal.

El primero de los referidos casos lo atendió la STS de 4 de noviembre de 2011,[104] y versó sobre la validez de un pacto de alimentos convencionales insertado en el convenio regulador de la separación de los cónyuges, pues se cuestionó la continuidad de la obligación de su prestación una vez disuelto el vínculo matrimonial por divorcio. Los antecedentes pertinentes reflejan que en el convenio regulador presentado al juzgado de instancia junto a la demanda de separación se incluyó una estipulación a los siguientes fines:

> "CUARTA. De las prestaciones que el esposo debe satisfacer a favor de la esposa para el levantamiento de las cargas familiares y asignación de pensión alimenticia al menor. 4.1) Alimentos a favor de la esposa. La esposa a partir de la focalización del presente convenio será contratada por D. Carlos Ramón, en los negocios que éste desarrolle en concepto de colaboradora-asociada, con una percepción mensual equivalente a SEIS MIL EUROS (6 000#) de salario o contraprestación neta, en el establecimiento denominado [...]. Si por cualquier causa el esposo cambiara de explotación o de negocio, la obligación de mantenimiento del contrato de la esposa en calidad de colaboradora-asociada quedará subsistente, si bien podrá celebrarse sobre la nueva explotación de la que aquél fuera titular. Si el esposo incumpliera esta obligación o se produjera, a instancia de éste la resolución o cancelación antes mencionada, cualquiera que fuere la causa para ello, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales, desde este mismo momento el esposo queda obligado a satisfacer una cantidad equivalente de SEIS MIL EUROS (6 000#) en concepto de alimentos a favor de la esposa, garantizando a ésta, en todo momento, una prestación mensual equivalente. En todo caso la contratación de la esposa y su derecho al percibo de la cantidad establecida como prestación alimenticia, se configura como personal e intransferible, como derecho inherente a la persona de la esposa, sin que ésta pueda cederlo a tercero".

También es importante resaltar lo acogido en el convenio regulador y en la sentencia de separación en cuanto al no establecimiento de una pensión compensatoria dado que la adjudicación de bienes acordada entre los cónyuges compensaba la disminución de la capacidad adquisitiva y el desequilibrio producido a la esposa.

A pesar de lo pactado, la esposa nunca llegó a trabajar en la referida empresa y un año después de dictada la sentencia de separación instó demanda de divorcio en la que pidió además la "ratificación" de las medidas aprobadas previamente en la sentencia

[104] STS de 4 de noviembre, RJ/2012/1248.

de separación, incluido el pacto de alimentos a su favor. El esposo demandado contestó pidiendo la exclusión de la referida obligación, lo cual fue denegado por el juzgado de instancia al dictar sentencia de divorcio y confirmar las medidas acordadas en la sentencia de separación. Las consideró validas al entenderlas producto del mutuo acuerdo de las partes y no habiéndose producido una modificación de las circunstancias existentes al momento de la separación. La sentencia fue apelada por el demandado y la Audiencia Provincial de Málaga revocó, fundamentándose en la inexistencia de una obligación de alimentos después de disuelto el vínculo matrimonial, por lo que resolvió que cualquier prestación debió atenderse con la figura de la pensión compensatoria, excluida por mutuo acuerdo. De ahí concluyó que no era necesario examinar si hubo cambio en las circunstancias por considerar que el presupuesto esencial de los alimentos desapareció con el vínculo matrimonial.

La demandante recurrió al Tribunal Supremo, foro que admitió el recurso por interés casacional para resolver las contradicciones existentes entre las Audiencias Provinciales en cuanto a la compatibilidad del divorcio con el mantenimiento de un pacto de alimentos incluido en un convenio regulador en un procedimiento previo de separación. A esos efectos hace referencia a sus pronunciamientos anteriores en el sentido de que son válidos los pactos relacionados con las consecuencias del matrimonio aunque se convengan fuera del convenio regulador mismo, bien en capitulaciones matrimoniales o en documento complementarios. De ahí deduce que los cónyuges puedan pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador y así convertirlo en la modalidad de alimentos voluntarios al amparo de lo dispuesto en el artículo 153 del Código Civil. Explica que el pacto de alimentos así convenido debe ostenta dicha categoría dado que los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamar una obligación de alimentos, pues ya ha desaparecido la obligación impuesta por la cualidad de cónyuges, y concluye en su Fundamento TERCERO que "nada obsta a que el convenio regulador de separación regule de forma voluntaria los efectos económicos del divorcio, siempre y cuando las circunstancias lo permitan".

Debe señalarse además que la sentencia del Tribunal Supremo entiende correcta la calificación que hiciera el foro intermedio al entender el pacto entre los cónyuges como constitutivo de una prestación alimenticia, pero revoca la interpretación en cuanto la sentencia de la Audiencia no tuvo en cuenta que "dicha prestación debe mantenerse en el procedimiento de divorcio, dada su naturaleza de contrato." De ahí que concluyera que el divorcio no puede constituirse en causa válida para cesar los efectos de la

obligación contractual de alimentos puesto que "hay que reconocer la validez del pacto en virtud de la autonomía de la voluntad de los cónyuges"; la prestación de alimentos pactada fue una forma de "compensar" a la esposa y en realidad no constituía una consecuencia de la crisis matrimonial sino "de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que mantenían los cónyuges"; y el convenio mismo no determinó "la forma o causa de cesación del derecho" convenido voluntariamente. El Tribunal Supremo anuló entonces la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga y confirmó la emitida en el foro de primera instancia, por lo que sentó como doctrina la eficacia del contrato de alimentos aún después de producido el divorcio, salvo que se pacte su limitación, de forma expresa, a la separación.

Otra sentencia reciente del Tribunal Supremo relevante en materia de autonomía de la voluntad de los cónyuges en relación con el manejo de los efectos de la crisis matrimonial, es la STS de 20 de abril de 2012.[105] Allí se examinó la validez de un pacto insertado en el convenio regulador recogido en su sentencia de separación, mediante el cual el esposo se obligó a pagar una prestación periódica, denominada en el convenio "pensión compensatoria" a favor de la esposa, en los siguientes términos:

> "Cláusula Séptima.- "Por el notorio desequilibrio económico que esta separación produce a la Sra. Carolina, en relación con el nivel de vida que venía disfrutando constante el matrimonio, el Sr. José Daniel se compromete a abonarle por el concepto de pensión compensatoria la cantidad de doscientas cincuenta mil pesetas (250. 000 pts) mensuales.[...].
>
> Teniendo en cuenta que la Sra. Carolina percibirá una remuneración mensual de aproximadamente doscientas mil pesetas (200.000 ptas) por su participación (33,33%) en la comisión del seguro de accidentes laborales contratado por MAPFRE con la Compañía Mercantil ALTADIS SA esta situación no altera en absoluto la cuantía que por Pensión compensatoria se ha fijado en su favor.
>
> Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo".

Posteriormente el esposo demandó a su excónyuge para pedir la modificación de las medidas acordadas en la sentencia, particularmente la extinción de la "pensión compensatoria", a lo que se opuso la demandante arguyendo que la previsión de la cláusula novena no afectaba a la pensión compensatoria, dado que se le reconocía plena libertad laboral y negocial. El foro de instancia estimó parcialmente la demanda y

[105] STS 233/2012 (RJ 2012/5911)

declaró la extinción de la pensión compensatoria.[106] La demandada apeló esa parte de la sentencia y la Audiencia Provincial de Madrid la confirmó por estar conforme con los fundamentos del juzgado de instancia al entender que "la pensión por desequilibrio (a) "[...] ha quedado completamente desvirtuada por su naturaleza tal y como se ha planteado, tal y como se pretende"; b) "[...]tal prestación no fue concebida a favor de persona de alta calificación profesional, que es Letrada en ejercicio", percibiendo unos importantes ingresos "que deben ser suficientes para atender ella misma a sus propias necesidades en fase de patología matrimonial pues este instituto jurídico no es un mecanismo jurídico equiparador de economías dispares"; (c) "[...]en esta esfera de Familia no existe el desequilibrio, aunque lo haya aritméticamente, si ambas partes trabajan y perciben ingresos conforme a su calificación profesional y actitud para generarlos", de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, y (d) "[...]es de aplicación el art. 101 del C.C. pues concurre la causa de extinción al concurrir el cese de la causa que lo motivó al encontrar trabajo, idóneo a su preparación, en el Despacho de Abogados citado y desde el 1 de marzo de 2004; y ello si es modificación sustancial de las circunstancias".[107]

La demandada instó recurso por interés casacional y argumentó, entre otras cosas, que la pensión compensatoria estaba sujeta a la disposición de las partes y que la sentencia recurrida infringía los principios de autonomía de la voluntad de las partes y de la eficacia de los contratos. Planteó asimismo que en cuanto es posible pactar libremente la pensión compensatoria, y teniendo el convenio eficacia como contrato, no puede posteriormente decretarse su extinción. El Tribunal Supremo estimó el recurso y resolvió que, con independencia de como las partes hubieran denominado el derecho

[106] Los argumentos se citan en el Fundamento PRIMERO:

> "(a) la causa que dio origen a la pensión no fue el desequilibrio, sino que se trataba de "una suerte de pensión vitalicia que confiere a la demandada un derecho a percibir unas indemnizaciones de carácter personal por razón de los frutos obtenidos por una actividad mercantil durante la vigencia de la sociedad de gananciales", porque en realidad "tiene como causa el repartir los rendimientos fijos que se generan periódicamente como consecuencia del seguro aludido, extremo este que confirma la propia demandada[...]", lo que difiere de la finalidad de la pensión compensatoria del art. 97 CC; (b) debe estimarse la petición de extinción "[...] al no existir causa que motivara su nacimiento, por cuanto que el fin perseguido no era paliar el desequilibrio económico"; (c) además, considera probado que la esposa ha venido a mejor fortuna; (d) "[...] todo ello teniendo en cuenta que la renta vitalicia que se determina en el convenio regulador de separación puede establecerse en otro negocio jurídico más idóneo o solventarse en la liquidación del régimen económico de gananciales, ya mediante la acción de adición o complemento, ya por rescisión por lesión o por la vía que la parte estime adecuada dada la naturaleza ganancial del derecho discutido".

[107] Citados en el Fundamento PRIMERO.

pactado en el convenio regulador, había que partir de dos elementos de tal derecho reiterados jurisprudencialmente: "1.º La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2.º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación."

Así también, en la referida sentencia 233/2012 el Tribunal Supremo reitera que su STS 217/2011 de 31 de marzo confirma esta doctrina y recoge los pronunciamientos jurisprudenciales previos que habían admitido la validez de tales acuerdos conyugales a partir de la STS de 22 abril 1997. En virtud de lo anterior reitera en su Fundamento QUINTO:

> "El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes."

En consecuencia con lo antes resuelto, esta Sentencia reconoció la validez del pacto habido entre los cónyuges sobre la base del reconocimiento a la voluntad expresa de estos:

> "…el pacto entre D.ª Carolina y su marido relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que "Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo". Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara de que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión, que se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión.
>
> De ahí se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada de D.ª Carolina en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción

> hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa."[108]

Procedió entonces el Tribunal a anular parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y dictó otra desestimando la acción del demandante y manteniendo la vigencia de la pensión compensatoria pactada a favor de la esposa en el convenio regulador homologado en la sentencia de separación consensual.

Como puede apreciarse, las tres sentencias reseñadas son muestra representativa y reciente de la doctrina jurisprudencial receptora de la validez y eficacia de los acuerdos pactados por los cónyuges, en el ejercicio de su autonomía privada, para regular las consecuencias de su crisis matrimonial. Esa validación de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para configurar, con la particularidad necesaria, las consecuencias que entienden se ajustarán mejor a su relación post matrimonial, está suficientemente consolidada. Así, en su día bien podría el legislador elaborar la normativa que entienda pertinente apoyándose en la doctrina que va construyéndose en torno a acuerdos conyugales afines a la figura del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, de modo que atienda plenamente las cuestiones que ello comporta en materia de su validez y eficacia. Ello no obsta, sin embargo, para que pueda afirmarse que a la luz de la normativa vigente es perfectamente aceptable que tales acuerdos se contengan en el contrato capitular, sujeto a los límites que a esos efectos establece la ley. En ese sentido se trataría de otro acuerdo atípico, entre los varios que ya reconoce el ordenamiento español.

Sobre los límites en los que debe operar esa competencia autonormativa de los cónyuges se ha de seguir, para no repetir lo extensamente discutido en el capítulo segundo de esta Tesis, la concretización de ROCA TRÍAS al reducir a tres los mojones que delimitan el alcance de esa libertad de pacto. Primero se refiere al límite que establecen los derechos fundamentales, simbolizado por el artículo 1328 del Código Civil al preceptuar la nulidad de las estipulaciones que contraríen las leyes o las buenas costumbres, o que limiten la igualdad de derechos de los cónyuges. Nulidad que ha de entenderse vigente no solo en el contexto del artículo 32.1 de la Constitución Española, sino también extrapolada a la transgresión de "otros derechos fundamentales, como la

[108] Fundamento SEXTO.

intimidad, la libertad, la libertad religiosa, la exclusión del divorcio como forma de disolución del matrimonio, etc. de cualquiera de ellos".[109]

Como segundo límite fundamental, la autora reclama que se examinen los pactos que "pueden bordear la licitud" porque pretendan excluir algunos de los efectos del matrimonio, ya sean los personales o los que operan como consecuencia del régimen económico primario, dejando claro que en todo caso lo nulo es el pacto y no el matrimonio como tal. Como tercer límite identifica lo que a su juicio produce "mayores problemas", la cuestión de los capítulos dedicados a prever las consecuencias de una crisis matrimonial futura, cuya aceptación no pone en duda, al amparo general de la autonomía de la voluntad validada en el Código Civil.

### 5.4 Contenido de los pactos

Discutir los límites a la autonomía de la voluntad conyugal en relación con los pactos en previsión de ruptura implica referirse potencialmente a una gran diversidad de contenido material. Y es que el variado ámbito objetivo de tales acuerdos debe darse en función de los intereses, circunstancias y aspiraciones particulares de los otorgantes. De otra forma no tendría mucho sentido insistir en proveer a los cónyuges la oportunidad de reemplazar las normas por defecto, aplicables genéricamente a las consecuencias de las crisis matrimoniales. De modo que satisfacer el interés de los sujetos de la relación matrimonial en la autorregulación de su crisis presupone receptividad a un amplio marco de posibilidades que permita introducir mayor previsibilidad de las consecuencias de la crisis y por tanto mayor seguridad de que los efectos de esta se ajustan a lo deseado por los cónyuges. Por ello se consideró abordar la discusión sobre el posible contenido de los pactos en previsión de ruptura, pero fue desechado su análisis pormenorizado y exhaustivo por entender que no forma parte del objeto de esta Tesis. Como se ha venido afirmando, este se centra en considerar que los mencionados pactos deben formar parte del contenido de las capitulaciones matrimoniales con todas las formalidades y requisitos que ello comporta. No obstante, debe hacerse una referencia breve a cuáles podrían ser los acuerdos que, eventualmente, constituyesen el contenido de los pactos.

[109] Roca Trías, *op. cit.*, Libertad y Familia, pág. 81. Bajo esta premisa califica de "dudosa aceptación" en el ordenamiento jurídico español el llamado "*covenant marriage*" que define como "una especie de contrato de estabilidad matrimonial", *op. cit.*, p.82.

Adviértase, primero, que el asunto acapara cada vez más interés doctrinal.[110] Esto no debe sorprender si se tiene en cuenta que en la medida en que el Derecho civil común no cuenta con una referencia expresa al acuerdo en previsión de ruptura hay amplio campo para discutir y polemizar sobre el alcance concreto del muy arraigado principio de autonomía de la voluntad en sede matrimonial. El otro extremo del espectro en el que oscila este debate es el grado aceptable, o deseable, de control judicial sobre las consecuencias anticipadas por los cónyuges en sus pactos previos a la ruptura. Así lo resumió recientemente AGUILAR RUIZ:

> "Salvadas las ocasiones en las que el control judicial se dirige a la protección de los hijos menores de la pareja —el consenso acerca de la necesidad de homologación judicial de los pactos se detiene justo en la presencia de hijos de la pareja y el interés en garantizar la protección de los menores—, la impresión sobre la validez y eficacia real de los pactos prematrimoniales debe reconocerse variable e incierta, cuando no incoherente. Más espacio a la autonomía de la voluntad en el matrimonio, mayoritaria opinión doctrinal defensora de la validez de los pactos prematrimoniales, apoyo y fomento por los operadores jurídicos —Notarios al frente—, de estos acuerdos preventivos como forma de minimizar los efectos perjudiciales de la crisis matrimonial, reconocimiento expreso de la figura en leyes civiles de reciente promulgación… todo esto, frente a la misma discrecionalidad judicial y ausencia de interpretación judicial uniforme que denunciábamos años atrás.[111] (citas omitidas)

El modo más observado en la doctrina para intentar sistematizar de alguna manera los variados contenidos posibles de los pactos es el que pasa por dividir entre los que atañen a aspectos personales de la relación conyugal y su posible crisis, de un lado, y los referentes a aspectos patrimoniales, de otro. Esta división resulta útil, y es la

---

[110] Discuten posibles contenidos concretos, entre otros, Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *op. cit*., Derecho de familia y de la persona, págs. 54- 77; J.P. González del Pozo, Acuerdos y contratos prematrimoniales (II), Boletín de Derecho de Familia, número 82, julio 2008, págs. 1-7; Pérez Hereza, *op. cit.*, págs. 573-595; Paz-Ares, Previsiones Capitulares, *op. cit.*, págs. 122-145; Pinto Andrade, *op. cit.*, págs. 62-106; Martínez Escribano, Pactos prematrimoniales, *op. cit*., págs. 88-194; Gaspar Lera, *op. cit*., págs. 1047-1070; Moreno Velasco, *op. cit*., Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales; págs. 54-92; L. Aguilar Ruiz, *op. cit.*, Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja, págs. 28-38; Parra Lucán, *op. cit.*, págs. 270-286; M. Medina Alcoz, Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del Derecho civil común en *Cuestiones Actuales de Derecho de Familia.*

[111] L. Aguilar Ruiz, *op. cit.*, Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja, pág. 39. Véase también L. Aguilar Ruiz y C. Hornero Méndez, Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial, Revista Jurídica del Notariado, 57, 2006, pág. 42-43: "Sea como fuere, lo cierto es que todo conduce a la decisión judicial; plano éste que es todo menos secundario. Hay que pensar que la validación judicial de estos pactos plantea una *contraposición*, que se encuentra en la misma esencia del proceso civil y que no es otra que la existente entre la capacidad de control del juez y lo que las partes han dispuesto."

que se sigue a continuación. Sin embargo, ciertamente, hay que tener en cuenta que en algunos supuestos la línea divisoria no es categórica, pues algunos pactos que atañen a cuestiones personales pueden tener, como es lógico, implicaciones económicas.

### 5.4.1 Contenido personal de los pactos.

Al hacer referencia a los pactos de contenido personal es indispensable, de entrada, distinguir entre los que tienen que ver con las relaciones de los cónyuges entre sí y los que atañen a las relaciones de estos con sus hijos menores de edad. Sobre estos últimos se incorpora por referencia lo discutido en el Capítulo segundo en relación con los límites a los acuerdos que resulten contrarios al mejor interés del menor y a las normas imperativas en sede de patria potestad, relaciones paternofiliales, alimentos, etc. Téngase presente que el distinto plano en el que se regulan las llamadas relaciones familiares horizontales *vis a vis* las relaciones verticales de los cónyuges entre sí, permite afirmar que hay un menor alcance para los acuerdos que pretendan prejuzgar las consecuencias de una eventual ruptura sobre los derechos y deberes de los progenitores con sus hijos menores.

Para AGUILAR RUIZ, por ello el perímetro es bastante limitado en este campo, y aunque reconoce el protagonismo ganado más recientemente por los pactos anticipados sobre los hijos, apunta: "…el terreno propio de los acuerdos prematrimoniales parece ir reduciéndose al pacto acerca de la custodia compartida de los hijos, actualmente regulada en el artículo 92 CC. Es en esta decisión donde el ámbito de libertad atribuido a los progenitores en el ordenamiento privado es de mayor amplitud. En base a este margen de autonomía de la voluntad, podría defenderse con argumento suficiente la exigibilidad del acuerdo de custodia compartida celebrado antes de la celebración del matrimonio y del nacimiento de los hijos, y cuyo cumplimiento se demande después en el curso del pleito de separación. Sentada esta premisa, los términos del artículo 92 CC condicionan la exigibilidad del pacto prematrimonial a su actual compatibilidad con el *interés del menor* valorado judicialmente y, en términos reales, con el hecho de que ambos progenitores siga manteniendo su voluntad positiva frente al pacto; lo que en última instancia equivale al acuerdo *actual* de los esposos

sobre la custodia compartida que es el exigido en la Ley, más que al cumplimiento del pacto previo prematrimonial".[112] (citas omitidas)

Igual criterio había expresado MARTÍNEZ ESCRIBANO, pues entiende que si bien los cónyuges pueden adoptar acuerdos sobre los hijos en cuanto a la forma de ejercer la patria potestad mientras convivan y sobre determinados arreglos de guarda y custodia para el caso de una futura crisis, estos no tienen la fuerza vinculante de los contratos. Considera más acertado adjudicarle "un valor similar al de un precontrato, cuya eficacia vinculante para las partes sólo nacerá si en el momento en que procediera su aplicación siguiera siendo querido por los cónyuges".[113]

Menos pacífica se presenta la discusión en torno a la posibilidad de pactar sobre otros aspectos de las relaciones matrimoniales. Tal es el caso, por ejemplo, de los pactos en torno a los deberes conyugales, sean referidos a la existencia misma de estos según previstos en el Código Civil (respeto y ayuda mutua, convivencia, fidelidad, socorro mutuo, corresponsabilidad por las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, etc.), a su modificación o a las consecuencias de su incumplimiento. Igualmente problemáticos resultan los pactos referidos a las facultades de los cónyuges para solicitar la separación judicial o la disolución por divorcio, así como cualquiera otro concerniente a la conducta de un cónyuge tras la ruptura, a su libre movimiento o a la fijación de su domicilio, etc. Nótese que algunos de estos pactos tienen que ver propiamente con la modulación de los derechos y obligaciones de los cónyuges durante la convivencia, aunque se hicieran efectivos con el surgimiento de la crisis matrimonial. En este subgrupo cabría la posibilidad de que los cónyuges quieran, en atención a sus valoraciones e idearios individuales, pactar obligaciones o deberes distintos a los impuestos por las normas por defecto, así como las consecuencias de su incumplimiento, incluida la posibilidad de exigir el resarcimiento de los daños sufridos.

Sobre estas cuestiones habría que tener en cuenta los efectos de la transformación del esquema divorcista tras la reforma del año 2005 que, entre otros extremos, acabó con el sistema causalista. Ello puede imponer la necesidad de una relectura del conjunto de los efectos personales nacidos del vínculo matrimonial, sobre todo, para redimensionar su relevancia en la conceptualización actual de la relación conyugal y con ello su naturaleza disponible o imperativa. Esto pudiera ser

[112] Aguilar Ruiz, *op. cit.*, Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja, pág. 31.

[113] Martínez Escribano, *op. cit.*, Pactos Prematrimoniales, pág. 114.

consecuencia ineludible del reconocimiento de la libertad individual para poner fin unilateralmente al matrimonio sin necesidad de alegar el incumplimiento de los deberes previstos en la ley. Sin embargo, para GASPAR LERA, aunque la citada reforma ha afectado el carácter indisponible de los efectos personales «típicos y esenciales» del matrimonio y ha reducido su ámbito de eficacia jurídica, es todavía defendible que este comporta un conjunto de limitaciones personales predeterminadas «en virtud de un compromiso que tiene reconocimiento en la Constitución»:

> "De ahí que no puedan los cónyuges, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, eliminar de manera radical alguno de aquellos derechos o deberes que constituyen el contenido esencial del matrimonio. Un acuerdo prenupcial en ese sentido… provocaría la inexistencia de consentimiento matrimonial, debiéndose tener por no puesto en caso de haberse suscrito con posterioridad a la celebración del matrimonio (art. 45 CC.)"[114] (citas omitidas)

Esa misma línea de pensamiento había esbozado antes GONZÁLEZ DEL POZO, al considerar nulo de pleno derecho el pacto de exclusión de los deberes conyugales, aunque está dispuesto a validar el de indemnizar por el incumplimiento de estos. Entiende esa nulidad como resultado de un contenido contrario a normas imperativas que impiden cualquier configuración matrimonial diferente a la impuesta por ley, bien porque suprima las obligaciones así previstas, adopte otras diferentes, altere el régimen vigente de separación y divorcio, o sujete la convivencia a modo o condición. Por eso descarta, por ejemplo, la validez de pactos que obliguen a sostener relaciones sexuales con determinada frecuencia o que excluyan la convivencia matrimonial o la fidelidad sexual. Asimismo, prejuzga la nulidad de otros pactos con asaz especificidad y descarta la validez de aquellos que autoricen las relaciones sexuales extramaritales en determinados grupos o completamente libres, el intercambio de parejas, la poliginia, la poliandria, los tríos sexuales o cualquier acuerdo contrario al modelo monogámico. A su juicio, son contrarios al orden público matrimonial en cuanto atentan contra el principio «esencial» de fidelidad sexual entre los esposos.[115]

---

[114] Gaspar Lera, *op. cit.*, pág. 1048. La autora entiende, sin embargo que sí debe validarse el pacto mediante el cual el cónyuge "ofendido" reclama una indemnización por un "daño moral autónomo y separable de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas, como el causado a su integridad física o psíquica, dignidad, libertad o intimidad." *Íd*. Pág. 1050.

[115] González del Pozo, *op. cit*., Acuerdos y Contratos Prematrimoniales (II), págs. 2-4. Este autor también considera nula la imposición de otro tipo de obligaciones tales como no relacionarse con determinada persona; continuar o abandonar determinado trabajo; no volver a casarse con determinada persona, no vivir en un determinado domicilio, entre otras.

El carácter indisponible de los deberes conyugales, sin embargo, no es hoy unánime. Advierte DE PABLO CONTRERAS que dada la eliminación de la sanción jurídica que alcanzaban los deberes conyugales como causas de separación y de divorcio, "tras la ley 15/2005, que admite el divorcio unilateral y sin expresión de causa con el solo requisito de procedibilidad de que hayan transcurrido tres meses desde su celebración… no existe razón alguna para mantener tal criterio. Los indicados deberes, cuya formulación el Código mantiene en los mismos preceptos (art. 66 a 68) y cuya lectura sigue precediendo la recepción del consentimiento de los contrayentes en la ceremonia civil (art. 58), al no poder conceptuarse -por carecer su incumplimiento de sanción alguna- como obligación jurídica, no pueden servir para integrar el carácter matrimonial del consentimiento."[116]

El impacto de la descausalización total de la crisis matrimonial puede ser precisamente la fundamentación para reclamar el reconocimiento al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada de los cónyuges para adscribir, mediante pacto, el valor mutuamente entendido —si alguno— a los deberes conyugales y, mínimamente, el derecho a ser indemnizado económicamente por su infracción, siempre dentro de los límites constitucionales y de ley.[117] Así pone de manifiesto la subjetivación del matrimonio RAMS ALBESA:

> "En la perspectiva actual, coincidente con la de la Roma clásica, de que el matrimonio nace y persiste en tanto que entre los cónyuges se mantenga la personal y subjetiva *affectio matrimonialis*, no puede mantenerse para el matrimonio, pese a su trascendencia social y constitucional, que los derechos y deberes matrimoniales son y deben ser universales y objetivos: los de los artículos 67 y 68 CC."[118]

---

[116] P. De Pablo Contreras, Curso de Derecho Civil, Vol. IV, 3ra Ed., Editorial Colex, Madrid, 2011, pág. 120.

[117] En sentido similar, C. Martínez Escribano, *op. cit.*, Pactos Prematrimoniales, pág. 101, plantea incluso que podría validarse la introducción de otros deberes distintos a los que nacen por operación de ley y añade:

> "…este tipo de pactos podría contribuir a superar las posibles divergencias entre los propios cónyuges acerca del entendimiento que cada uno de ellos pueda tener con relación a estas cuestiones, planteándose así antes de contraer matrimonio el modo en que quieren afrontar su convivencia, haciendo una reflexión conjunta sobre el tema que quizá, a falta de pacto madre prematrimonial, no llevarían a cabo, y provocando un choque en sus posiciones después de celebrado el matrimonio. Y finalmente, si sobreviniera la crisis por incumplimiento de un deber conyugal contenido en el acuerdo prematrimonial, las consecuencias que se deriven para los cónyuges tras la ruptura resultarían más ajustadas a sus convicciones, y, por tanto más justas para ellos." (citas omitidas) Íd., pág. 102.

[118] Rams Albesa, pág. 82. El autor añade:

> "Los pactos prematrimoniales pueden versar sobre múltiples cuestiones, que van desde dar contenido explícito a los conceptos jurídicos indeterminados del "respetarse",

AGUILAR RUIZ, por su parte, propone el siguiente acercamiento:

> "Ciertamente, el límite a la admisibilidad de este tipo de acuerdos lo encontramos en el carácter imperativo de las normas reguladoras de la institución matrimonial o en la llamada al orden público matrimonial, que conducirían a la nulidad de aquellas cláusulas limitativas de los derechos fundamentales de alguno de los cónyuges; genéricamente la libertad individual del art. 10 de la Constitución. De esta forma, habría que tener por "no puesto" el acuerdo prematrimonial que eliminara de forma radical alguno de los deberes conyugales que constituyen el contenido esencial del matrimonio; así se sostiene la invalidez de aquellos pactos limitativos de derechos o libertades de alguno de los esposos para el tiempo posterior a la ruptura de la pareja, como la prohibición de uno o ambos cónyuges de casarse o convivir con determinada persona, con personas del mismo sexo, o bien condicionar esta nueva convivencia con la pérdida de la guardia y custodia de los hijos del primer matrimonio (SAP Coruña siete mayo 2002). En el mismo sentido, y en relación a los pactos que impliquen limitación de la libertad de residencia de ambos progenitores (*ex* art. 19 CE), alguna resolución judicial ha declarado ya la nulidad de cláusulas de este tenor incluidas en un convenio regulador de separación (SAP Madrid siete mayo 2002), admitiéndose tan sólo la posibilidad de anudar ciertas consecuencias estrictamente patrimoniales al ejercicio de estas libertades (volver a contraer matrimonio, cambiar de lugar de residencia), siempre y cuando las mismas no resulten contrarias a la moral ni al orden público.[119] (citas omitidas)

De otra parte, también es muy interesante el debate sobre la posibilidad de modificar mediante pacto conyugal el derecho a solicitar libremente la separación o el divorcio y provocar así la ruptura matrimonial. Es decir, hasta qué punto la autonomía de la voluntad privada de los cónyuges, válidamente ejercida, les permite diseñar su propio modelo de causas tasadas que darán lugar a su separación o eventual divorcio, desplazando así el sistema preconcebido por ley. En este contexto parece haber mayor consenso para negar tal posibilidad, con lo que coincido plenamente dada la libertad absoluta y unilateral con la que se instala en la regulación actual el derecho a no

---

> "ayudarse mutuamente", del "guardarse fidelidad" o el "vivir juntos", a asegurar los contenidos con fijación económica del daño que su incumplimiento genere, hasta fijar criterios de colaboración ante la desaparición de la *affectio matrimonialis* previendo el sometimiento de los cónyuges a arbitraje sobre los efectos de la ruptura o a la fijación previa del montante de las compensaciones."

[119] Aguilar Ruiz, *op. cit.*, Los pactos prematrimoniales: El papel de la autorregulación en las crisis de pareja, pág. 30.

permanecer casado; reflejo diáfano de la protección constitucional a la libertad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.[120]

Así, ROCA TRÍAS califica de "dudosa aceptación" en el ordenamiento jurídico español la idea del llamado "*covenant marriage*" reconocido, por ejemplo en unos pocos sistemas legales estadounidenses y que ella define como "una especie de contrato de estabilidad matrimonial".[121] Otra autora puntualiza la idea al enfatizar en que dicho resultado viene dado por la jerarquía constitucional: "el artículo 32.2 CE hace una remisión a la ley para regular las causas de separación y disolución del matrimonio, y el Código Civil, al detallar tal regulación, en ningún momento abre la vía a una posible modificación mediante pactos, limitándose a precisar los términos en que puede tener lugar. Parece, por tanto, que se está ante una materia reservada exclusivamente a la ley, y que un pacto que altere la configuración del derecho a instar la separación y el divorcio excedería del ámbito de la autonomía de la voluntad de los cónyuges con relación a su matrimonio".[122]

No lo entiende igual ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA cuando se plantea la cuestión de modo distinto y, al parecer, bastante solitario:

> "¿Existe un derecho fundamental a la separación? ¿y al divorcio? El art. 32 CE, entre los derechos y los deberes de los ciudadanos incluye el de contraer matrimonio y deriva a la ley ordinaria la regulación de las causas de separación y de su disolución. Aunque no estén incluidos entre los derechos fundamentales, podría considerarse contrario al orden público la denegación de la separación y, consiguientemente, nulo el pacto por el que se excluya la misma en una pareja conyugal determinada. Más dudoso es que la exclusión del divorcio incurra en la misma consecuencia, ya que el texto constitucional ni siquiera habla del divorcio, sino que encomienda a la Ley la determinación de las causas de su «disolución», sin más concreción, por lo que hubiera permanecido dentro de la Constitución una ley que limitara la disolución, por ejemplo, a la muerte. Pero si nos referimos a las causas de separación y de divorcio, cuya determinación se deja libremente a leyes posteriores, ni siquiera orgánicas, la mayor o menor restricción no parece infringir norma fundamental alguna."[123]

---

[120] En este sentido, entre otros, Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 589; Gaspar Lera, *op. cit.*, pág. 1052; Pinto Andrade, *op. cit.*, pág. 66; González del Pozo, *op. cit.*, Acuerdos y contratos prematrimoniales (II), pág. 3; V. Moreno Velasco, *op. cit.*, Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales, pág. 80.

[121] Roca Trías, *op. cit.*, Libertad y Familia, pág. 82.

[122] Martínez Escribano, *op. cit.*, Pactos Prematrimoniales, pág. 90. La autora trae a colación también la incompatibilidad del pacto restrictivo del derecho a instar la ruptura con lo preceptuado en el artículo 1814 del Código civil respecto a la imposibilidad de transigir cuestiones matrimoniales. *Íd.*, pág. 91.

[123] Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *op. cit.*, Derecho de familia y de la persona, T. IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 55.

Asunto relacionado, aunque distinto, es el referente a los pactos en los que se acuerda una indemnización por el hecho mismo de la ruptura e independientemente de la causa que la provoque. En esto hay que coincidir con la postura de MARTÍNEZ ESCRIBANO, cuando reclama que aunque no sea posible validar en el ordenamiento jurídico español el pacto limitativo de la facultad de instar la separación o el divorcio, sí pudiera validarse el acuerdo conyugal de indemnización para cuando la ruptura no se produzca por acuerdo mutuo. Apunta de inmediato la diferencia entre este y la idea conceptualizada en la compensación por el desequilibrio económico producido por la ruptura y considera que un pacto de esa naturaleza enfatiza la naturaleza contractual de la relación matrimonial y su bilateralidad. Reconoce, sin embargo, que podría considerarse que tal acuerdo comporta una valoración monetaria de la posibilidad de instar la ruptura, por lo que será indispensable que la cuantía acordada sea asumible por ambos cónyuges, de modo que la incapacidad para sufragarla no impida el libre ejercicio del derecho a terminar la relación matrimonial.[124]

A este respecto la doctrina tampoco se pronuncia unánimemente, pues en opinión de otro autor sería nulo el pacto que imponga una indemnización por daños y perjuicios «a modo de cláusula penal» si aquella responde al hecho mismo de la ruptura matrimonial, pues lo entiende contrario al artículo 10 de la Constitución y a la libertad individual para disolver el vínculo matrimonial reflejada en la regulación vigente.[125] Tal pacto indemnizatorio para el caso de ruptura también es rechazado por PÉREZ HEREZA, aunque con matices, pues considera que pudieran atentar contra la libertad de los cónyuges si imponen el deber de indemnizar al que inste la acción de separación o divorcio. También los entiende «contrarios a la moral» si la obligación de indemnización surge por la ruptura misma y no se vincula a las causas objetivas o subjetivas de esta pues considera que ello comportaría admitir la conceptualización del matrimonio como «negocio generador por su sola existencia de derechos patrimoniales»:

[124] Martínez Escribano, *op. cit.*, Pactos Prematrimoniales, págs. 91-92. Así también, Gaspar Lera, *op. cit.*, pág. 1054. Véase la SAP de Cádiz de 26 de julio de 2013 (JUR/2013/331848) que validó un pacto prematrimonial en el que solo el esposo se obligó a pagar un renta mensual vitalicia en caso de ruptura matrimonial. Esta sentencia la comenta extensamente L. Aguilar Ruiz, Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad. Comentario a la SAP Cádiz 26 de julio de 2013, núm. 33 RDP (2013).

[125] Moreno Velasco, *op. cit.*, Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales, pág. 78. Véase L. Martínez Vázquez De Castro, Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales, Estudios Jurídicos en *Homenaje al Profesor José María Miquel*, (coord. Luís Díez-Picazo), T. I, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 1872.

> "Así ocurre cuando la indemnización se vincula al sólo hecho de la ruptura. El ordenamiento jurídico establece derechos que nacen con ocasión de la crisis matrimonial cuyo fundamento es variable pero que en general se inspiran en la necesidad de reparar el perjuicio originado por la ruptura. Si estamos en un caso en el que no concurren los presupuestos para el nacimiento de estos derechos acordar la indemnización a cargo de un cónyuge supone convertir el matrimonio en un mecanismo para prosperar económicamente… (SAP de Almería de 17 de febrero de 2003.)"[126]

El autor plantea que es menos cuestionable la validez del pacto cuando la indemnización procede solo si la ruptura responde a otras causas, objetivas o subjetivas. Así, defiende la admisibilidad de los acuerdos de indemnización por causa subjetiva que obligan al cónyuge causante de la ruptura o al que infrinja los deberes conyugales, bien legales o convencionales, pues considera que el cambio legislativo al divorcio remedio no comporta que la atribución convencional de efectos al incumplimiento de deberes conyugales resulte contraria al orden público. No obstante, sí entiende más incierta la validez de aquellos acuerdos indemnizatorios con causa condicionada a un hecho objetivo provocador de la ruptura, por ejemplo, un traslado laboral u otros acontecimientos objetivos que produzcan perjuicio para el cónyuge acreedor. Para este autor las indemnizaciones condicionadas a la existencia o ausencia de descendencia son contrarias al orden público así como las vinculadas a hechos no perjudiciales. Ubica al límite de la validez los pactos que hacen variar el monto de la indemnización en función del tiempo de duración del vínculo, en cuanto afecten el derecho a poner fin al matrimonio libremente.[127]

### 5.4.2 Contenido patrimonial de los pactos

Dada la falta de regulación expresa sobre la validez y eficacia de los acuerdos en previsión de ruptura en el ordenamiento español, se aborda la discusión sobre su contenido posible principalmente desde las aportaciones de la doctrina científica. Como se observa, esta se elabora primordialmente en función de la validación de la autonomía de la voluntad en sede matrimonial y de algunas referencias normativas a otros acuerdos afines, así como a alguna jurisprudencia menor elaborada en torno a unos supuestos

[126] Pérez Hereza, *op. cit*., La Autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales, págs. 589-90.

[127] *Íd*. Pág. 591.

concretos. Desde esa perspectiva parece haber consenso sobre la validación general de la facultad autonormativa de los cónyuges, o futuros cónyuges, para anticipar convencionalmente las consecuencias que quieren para una eventual ruptura de su relación matrimonial, aunque se observa un mayor recelo en el ámbito de los acuerdos sobre aspectos personales de la convivencia y sus consecuencias tras la ruptura.

Ahora se trata de los pactos sobre cuestiones patrimoniales, cuya discusión se presenta un tanto menos apasionada, quizá por su menor proximidad a cuestiones susceptibles de exacerbar prejuicios ideológicos, morales o religiosos. También porque, como se apuntó, la manifestación de la autonomía de la voluntad en sede matrimonial se ha asociado tradicionalmente al negocio jurídico familiar de contenido patrimonial. Acaso a ello también responde el hecho de que en los pactos de contenido patrimonial se observa incluso una mayor diversidad de contenidos, en correspondencia con un ordenamiento anclado en la libertad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en general, y, concretamente, de pactos entre cónyuges. De modo que los pactos que inciden en aspectos de naturaleza económica parecen tener, genéricamente, una mayor receptividad, heredada, a mi modo de ver, de la vinculación tradicional de la libertad de pacto con la dinámica organizativa de la economía matrimonial. De ahí que quizá presente menos resistencia su extrapolación al acuerdo sobre las consecuencias patrimoniales previstas por los cónyuges para el caso de una eventual ruptura, que ahora se discute.

Hay que apuntar que en virtud del amplio alcance de la autonomía de los cónyuges para elegir cualesquiera de los regímenes económicos matrimoniales previstos en el Derecho civil común, amén de las distintas posibilidades que a esos efectos provee la legislación autonómica, el ámbito objetivo de los pactos de contenido patrimonial en previsión de ruptura es, forzosamente, también muy amplio.[128] Sin pretensión de exhaustividad, se limita entonces esta breve referencia a dos pactos patrimoniales muy usuales que han acaparado gran interés doctrinal y jurisprudencial en los foros

[128] Discuten diversos pactos previos con contenido patrimonial, entre otros, Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *op. cit.*, Derecho de familia y de la persona, págs. 66-77; González del Pozo, Acuerdos y contratos prematrimoniales (II), Boletín de Derecho de Familia, número 82, julio 2008, págs. 3-7; Pérez Hereza, *op. cit.*, págs. 573-588; Paz-Ares, *op. cit.*, Previsiones Capitulares, págs. 122-144; Pinto Andrade, *op. cit.*, págs. 66-103; Martínez Escribano, *op. cit.*, Pactos Prematrimoniales, págs. 105-194; Gaspar Lera, *op. cit.*, págs. 1058-1070; Moreno Velasco, *op. cit.*, Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales, págs. 54-77; Aguilar Ruiz, *op. cit.*, Los pactos prematrimoniales: El papel de la autorregulación en las crisis de pareja, págs. 272-286.

apelativos intermedios. Por ello ROCA TRÍAS[129] los denomina «los puntos calientes» en cuanto al contenido posible de los pactos previos en el contexto del Derecho común regido por el Código Civil: la exclusión anticipada de la compensación por desequilibrio prevista en el artículo 97 CC y la exclusión de la compensación por el trabajo para la casa del artículo 1438 CC en sede del régimen económico de separación de bienes.

Como explica la referida autora, la validez de un pacto en el cual se excluyan la pensión compensatoria futura o la compensación por la dedicación al hogar en régimen de separación de bienes puede fundamentarse en el principio de la autonomía de la voluntad de los esposos y en la admisibilidad de la renuncia de ciertos derechos. Reconoce, igualmente, que en contra de la validez de tal pacto se esgrimen principalmente los siguientes argumentos: (1) que en efecto no hay tal renuncia de derechos sino de expectativas contingentes (2) que pueden ocurrir cambios sustanciales e imprevisibles en las circunstancias que dieron lugar al pacto y producirse un resultado no equitativo a la luz de la nueva realidad y (3) que en el escenario de las dificultades producidas por la crisis matrimonial uno de los cónyuges puede adherirse a ciertos términos sin sopesar sus implicaciones futuras. Hay que coincidir con su criterio cuando replica a este último argumento aduciendo que en esos casos el asunto central se traslada a la esfera de los vicios del consentimiento y deberá tenerse en cuenta la cuestión según la disciplina normativa aplicable a ella. Por lo demás, se une a la doctrina mayoritaria sancionadora de la exclusión preventiva de la compensación por desequilibrio económico por entenderlo materia renunciable, si bien sujeto a las limitaciones del artículo 1328 para el caso en el que se haga constar en capitulaciones matrimoniales y a la aprobación judicial si se inserta en el convenio regulador. Para el

[129] Roca Trías, *op. cit.*, Libertad y Familia, pág. 83. De hecho, como nos recuerda Ginés Castellet, *op. cit.*, pág. 2580, esta autora se cuenta entre los primeros juristas en reclamar la validez del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial en sede del Derecho común. Así, en el contexto concreto de la renuncia previa a la pensión compensatoria, y a la luz de la normativa vigente entonces, anticipaba:

> "Más discutible resulta la posibilidad de renuncia previa al derecho a pensión, es decir, si antes de que se produzca la separación o el divorcio es posible renunciar al derecho a una pensión que aún no existe, a la que preventivamente se renuncia para el caso de que llegue a surgir…
>
> … En definitiva por tanto, creo que la pensión no es un derecho obligatorio, queda incluido en las facultades de disposición del renunciante, por lo que considero posible la renuncia posterior y la previa, en virtud de la cual se sustituye este derecho por otro (como articulación de un régimen matrimonial concreto) o bien no se produce ninguna contraprestación. Lo cual no impide que el Juez pueda examinar la renuncia y volver sobre ella si ha concurrido un vicio de la voluntad o bien si es gravemente perjudicial para el renunciante." E. Roca Trías, Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Madrid, Ed. Tecnos, 1984, Vol. 2, pág. 643.

supuesto de renuncia anticipada a la crisis, entiende que el análisis deberá considerar si las circunstancias sobrevenidas hacen de aquella una renuncia «*insostenible*».[130]

La autora apunta, igualmente, que es distinta la situación que se presenta a la luz de un acuerdo en previsión de ruptura sujeto al Derecho catalán porque, como se verá en el siguiente apartado de este trabajo, en aquel la cuestión está resuelta. Allí se permite expresamente la renuncia a la pensión compensatoria, aunque se condiciona su eficacia, para el caso en que se renuncie fuera del convenio regulador, a que ello no comprometa la atención de las necesidades esenciales del cónyuge renunciante. Esto último, sin embargo, le parece contrario a la naturaleza del derecho a la pensión compensatoria en cuanto introduce un elemento asistencial ajeno a éste, pues tiene el efecto de transformarlo en "*una especie de alimentos atípicos, producto de un hipotético derecho de solidaridad postmatrimonial*".[131]

El estado de derecho en materia jurisprudencial sobre la validez del pacto anticipado de renuncia a la compensación por desequilibrio económico del artículo 97 CC es resumido por CABEZUELO ARENAS en un trabajo reciente que revisita el muy estudiado tema, atendido por ella desde hace largo tiempo: "La omisión en el Código Civil de una norma que se pronuncie expresamente sobre el particular y discipline estos pactos siquiera en sus aspectos más elementales, sembró la discordia en la jurisprudencia menor acerca de su validez. Pronto, se crearon a tal efecto, dos corrientes antagónicas en nuestras Audiencias".[132] En contra de la validez del pacto de renuncia anticipada contenida en capitulaciones matrimoniales otorgadas años antes de la separación se decantó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 12 de diciembre de 2000,[133] por entender que no es posible renunciar a un derecho inexistente y, por tanto, indisponible:

> «… se trata de una renuncia a un futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación, y está sujeto al condicionante de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio, debiendo tenerse en cuenta al respecto, que como ya declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de noviembre de 1957, la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes, sólo cabe respecto de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que

[130] Roca Trías, *op. cit*., Libertad y Familia, pág. 84.

[131] *Íd*. Pág. 85.

[132] Cabezuelo Arenas, *op. cit*., Pactos preventivos sobre la pensión compensatoria, pág. 43.

[133] AC 2001/151.

> se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante, por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer, y las posteriores de 18 de marzo de 1982 (RJ 1982/1385), y 21 de abril de 1997 (RJ 1997/3434), sobre que no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, o sólo se puede renunciar a lo que existe, criterio jurisprudencial recogido por esta Audiencia en sentencia de 15 de noviembre de 1999 (AC 1999/2265), al decir que no se puede renunciar a un derecho a la sazón inexistente, lo que aplicado al presente caso al haberse hecho la renuncia varios años antes de la demanda de separación ha de reputarse nula de pleno derecho, procediendo en consecuencia entrar a examinar si la esposa reúne los requisitos exigidos por el art. 97 del Código Civil para ser acreedora de la pensión compensatoria, y, examinado el conjunto del material probatorio ha de llegarse a la conclusión de que al momento de la separación se da el desequilibrio económico a favor del esposa, por lo que ha de concederse a la misma pensión compensatoria …»

Mucho se ha escrito en contra de la postura establecida por esta sentencia, y las razones para ello pueden resumirse, siguiendo a MORENO VELASCO, en que la renuncia a la compensación por desequilibrio no es una renuncia *strictu sensu* sino una decisión voluntaria de excluir una norma dispositiva aplicable, al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.2 CC, mientras no contraríe el orden público ni perjudique a terceros:

> "Además, cuando el Código Civil se refiere a la ley aplicable se refiere no sólo al bloque de normas que configura la norma, sino también a cada una de las reglas del bloque normativo. En segundo lugar, considero que, si a los solos efectos dialécticos, la doctrina esgrimida por la Audiencia Provincial de Asturias fuera correcta, tampoco cabría la renuncia en el Convenio Regulador presentado en un procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo que, necesariamente, siempre es previo a la propia sentencia que hace nacer el derecho a la pensión compensatoria. Hoy en día nadie se plantea la validez de la renuncia en el Convenio Regulador, hasta el punto de darse validez a la renuncia realizada en convenio regulador no ratificado judicialmente…"[134] (citas omitidas)

[134] Moreno Velasco, *op. cit.*, Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales, págs. 55. También afirman la validez del pacto de renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico —si bien algunos lo hacen con matices—, entre otros autores, M. García Rubio, Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil, 56 Anuario de Derecho Civil 1653, 1673 (2003); Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *op. cit*., Derecho de familia y de la persona, pág. 69; González del Pozo, Acuerdos y Contratos Prematrimoniales (II), BDF, número 82, julio 2008, pág. 5; Pérez Hereza, *op. cit*., pág. 580; Paz-Ares, *op. cit.*, Previsiones Capitulares, pág. 135; Martínez Escribano, *op. cit*., Pactos prematrimoniales, pág. 220; Gaspar Lera, *op. cit.*, pág. 1063; Parra Lucán, *op. cit.*, pág. 435. Pastor Vita, La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales, RDF, 2003, págs. 25, 54; J. Egea Fernández, Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial, en

Asimismo, la postura de la jurisprudencia menor a favor de la validez de la renuncia preventiva a la compensación por desequilibrio económico se sustenta en la posibilidad de excluir la ley aplicable y los derechos derivados de ella, así como en la posibilidad de contratar sobre cosa futura, al amparo de lo previsto en los artículos 6.2 y 1271 CC respectivamente. Así lo refleja, entre muchas otras, la SAP de Granada de 14 de mayo de 2001 que valida ese tipo de renuncia anticipada aunque, en el supuesto concreto del caso ante sí, da paso al planteamiento de ineficacia por cambios relevantes en las circunstancias:

> «… se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, tímidamente admitida en algunas resoluciones del TS (ss. 30 junio 1948, 30 diciembre 1985 y 20 abril 1994) que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento. Entre las circunstancias cabe señalar que, además de la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso atendiendo durante algún tiempo a un hijo de éste, carece, a excepción de unos ahorros que no superan los tres millones de pesetas, de medios económicos suficientes para poder vivir independientemente, careciendo igualmente de vivienda propia, sin contar, en la actualidad, con un puesto de trabajo y tampoco con una proyección más o menos inmediata para incorporarse al mundo laboral.»[135]

Para alguna autora este dictamen judicial recoge lo que ha venido a convertirse en la línea jurisprudencial imperante y lo considera "una sentencia de indudable calidad técnica, donde se advierte, además, no sólo la influencia de la doctrina de Larenz, pues gira en torno a la aplicación de la tesis de la alteración de la base del negocio jurídico, sino también que en el fondo subyace el estudio de algún precedente norteamericano que resuelve cuestiones similares".[136] GARCÍA RUBIO, por su parte, avaló lo resuelto por la referida sentencia granadina pero pronto advirtió que era potencialmente

---

*Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Diez-Picazo*, T. III, Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 4551, 4569.

[135] AC 2001/1599. También parten de la validez del pacto anticipado de renuncia a la compensación por desequilibrio económico, entre muchas otras: las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de junio de 2002 (EDJ 2002/47900), de 27 de noviembre de 2002 (JUR 2003/92086) y de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007/151411); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de enero de 2002 (JUR 2002/111451); la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 20 de abril de 2007 (JUR 200/171088); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de marzo de 2000 (EDJ 2000/18788) y de 31 de julio de 2002 (EDJ 2002/60263).

[136] A. L. Cabezuelo Arenas, *op. cit*., Pactos preventivos sobre la pensión compensatoria, pág. 43. Para un estudio comparado de la cuestión, puede verse, P.J. Cabán Vales, Los pactos en previsión de crisis matrimoniales y la renuncia anticipada a pensiones postdivorcio: Estudio comparado entre España y Estados Unidos, 45 Rev. Jur. U.I.P.R. 141 (2011).

problemática la valoración judicial del cambio de circunstancias y de su relevancia para la eficacia del acuerdo.[137]

PASTOR VITA, en cambio, se mostró en su día categóricamente contrario a admitir la ineficacia del pacto por circunstancias sobrevenidas y rechazó la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por el cónyuge desfavorecido por la renuncia:

> "… estimo que no es una solución correcta, al faltar uno de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para admitir la concurrencia de esta cláusula, cuál es el de la imprevisibilidad de esa alteración sustancial sobrevenida. Cuando los cónyuges o futuros cónyuges estipulan anticipadamente la renuncia a la pensión, ignorando la duración y estabilidad futura de su matrimonio, es razonable prever que puedan producirse con el transcurso del tiempo cambios o alteraciones en su situación personal, laboral o familiar que no tuvieron en cuenta al pactar la renuncia. Ello no tendrá por qué afectar a la validez de las capitulaciones otorgadas, pues la prohibición de los pactos limitativos de la igualdad entre los cónyuges sólo irá referida al momento del otorgamiento de las capitulaciones, lo que implica la plena validez de la estipulación si, en el momento del otorgamiento de estas, el pacto no limita la referida igualdad conyugal, con independencia de que, en un momento posterior, pueda romperse el equilibrio económico entre los cónyuges por razón de ciertas circunstancias sobrevenidas. A ello hay que añadir que, al tiempo de pactarse la renuncia a la pensión compensatoria, cualquier alteración sustancial de la circunstancias, por grave que ésta sea, siempre es previsible o podría haberse previsto razonablemente. De ahí que considere que el juez no deberá tener en cuenta la sobrevenida alteración de las circunstancias para acordar una pensión compensatoria en favor del cónyuge perjudicado, sin perjuicio de que la tenga en consideración a la hora de fijar la cuantía de la pensión alimenticia o la atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal."[138]

Al parecer el citado autor previó con bastante precisión lo que podría llegar a ser la práctica usual en los juzgados al enfrentarse a un reclamo de ineficacia de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria, pues pocos años después AGUILAR RUIZ y

---

[137] M. García Rubio, *op. cit.*, Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil, pág. 1672.

[138] F. Pastor Vita, La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales, Revista de Derecho de Familia, 2003, pág. 54. El autor considera de todo punto improcedente el control judicial de la eficacia del acuerdo: "Otra cosa es que el juez, en la práctica, revistiéndose de una función tuitiva que legalmente no le corresponde, argumente con base en el Código civil que tales acuerdos no tendrán fuerza vinculante y acuerde la concesión de la pensión, lo que puede ser considerado como una decisión comprensible, pero atentatoria contra la necesaria seguridad jurídica. Creemos, pues, que el juez, siendo como es la materia de pensión de derecho dispositivo o voluntario, deberá respetar los acuerdos a que hayan llegado los interesados, limitándose a controlar que los pactos alcanzado no sean fruto de presiones, engaños o coacciones, debiendo abstenerse de inmiscuirse en los acuerdos alcanzados por los cónyuges de manera libre y meditada, dado que ellos son quienes mejor conocen sus necesidades y posibilidades." *Íd.* Pág. 55.

HORNERO MÉNDEZ apuntaban que, con independencia de los cuestionamientos doctrinales sobre la aplicabilidad de la cláusula *rebus* a los acuerdos de renuncia a la pensión compensatoria, "la práctica jurisprudencial de los últimos años demuestra que este expediente técnico está sirviendo a los jueces civiles para adoptar soluciones *salomónicas* que, sin negar de forma radical la validez de estos acuerdos -el acuerdo vincula a las partes en la medida en que se mantengan inalterados los presupuestos básicos sobre los que se pactó la renuncia-, modera sus efectos *inter partes*, con fundamento en un justificado *reajuste* del contenido del convenio en aras de una suerte de *solidaridad posconyugal*".[139]

Por eso parece más acertada la postura intermedia que reclama la aplicación de una noción muy restrictiva de la ineficacia por circunstancias sobrevenidas, de manera que la validación de tal supuesto se haga únicamente con carácter excepcionalísimo, no bastando el cambio en las circunstancias relevantes sino además requiriendo rigurosamente su imprevisibilidad.[140]En ello tiene razón MARTÍNEZ ESCRIBANO,

---

[139] L. Aguilar Ruiz y C. Hornero Méndez, Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial, 57 RJN, 2006, pág. 40. Para estos autores el cambio en las circunstancias personales, familiares o laborales de cualquiera de los cónyuges puede alcanzar tal magnitud que justifique la intervención judicial:

> "Cierto es que las circunstancias que han justificado esta ineficacia -tales como el largo lapso de tiempo entre la firma del pacto y su solicitud de aplicación; enfermedades imprevistas de alguno de los cónyuges; nacimiento o adopción de hijos; abandono posterior del trabajo o cambio de residencia- y la presencia en ella de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para proceder a la aplicación de la doctrina del *rebus sic stantibus* -básicamente el de la *imprevisibilidad* en la aparición sobrevenida de las mismas, discutida por quienes afirman que las mismas no pueden ser concebidas como hechos "nuevos", que no pudieron ser tenidos en cuenta el momento de la firma del acuerdo-, exigen su análisis detenido caso por caso y siempre en atención a los intereses en juego." *Íd* (citas omitidas).

[140] Martínez Escribano, *op. cit*., Pactos Prematrimoniales, pág. 190. Véase también Egea Fernández, *op. cit.*, Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial, págs. 4567-69. La cuestión la examina detenidamente, Castiñeira Jerez, La ineficacia de los pactos en previsión de rupruta conyugal ante el cambio sobrevenido de circunstancias, en *Questions actuals del dret català de la persona i de la família: Materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2013, págs. 605-615:

> "La alteración sobrevenida de las circunstancias, si bien no es una completa desconocida en nuestro Derecho, sí que es una figura de derecho excepcional. Tan excepcional como la doctrina a través de la que, en muy raras ocasiones, los tribunales la aplican "(la doctrina *rebus sic stantibus*). No obstante, la excepcionalidad de la institución está empezando a ponerse en duda desde distintos ámbitos tanto nacionales como transnacionales. El análisis de estos textos parece indicar que existe acuerdo en reconocer la figura (o figuras) de la alteración sobrevenida de las circunstancias en sede del derecho de contratos y, en general, en el ámbito de la eficacia de los negocios jurídicos. Lo que no está tan claro es cuáles son y deben ser su fundamento, requisitos y efectos". *Íd*., pág. 606. De este mismo autor, pero sobre el reciente tratamiento jurisprudencial del principio *rebus sic stantibus* en la teoría contractual general, puede verse Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014, InDret 4/2014.

pues la ocurrencia de cambios importantes en las circunstancias de los cónyuges desde la celebración del pacto hasta que se pretende exigir su cumplimiento es altamente probable, y lo es mucho más en función de la mayor prolongación de la relación matrimonial. De ahí que difícilmente pueda calificarse de imprevisible la alteración de la dinámica conyugal propiciada por la llegada de hijos o la enfermedad de los cónyuges, si bien en este último supuesto pudiera el pacto devenir ineficaz si a consecuencia de su quebranto de salud se ve impedido de sufragar sus necesidades básicas, pero no al amparo de la doctrina de *rebus sic stantibus* sino quizá por contrariar el orden público.[141]

Con todo, parece que cabe decir, con CABEZUELO ARENAS, que en el ámbito del Derecho común la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se decanta mayoritariamente por la defensa del pacto anticipado de renuncia a la pensión compensatoria, pues "dentro de los márgenes de los arts. 1255 CC, y no resultando contrariado el orden público, ni lesionado el interés de terceros, en la línea exigida por el art. 6.2 CC, «*cabe la renuncia a un derecho futuro*», -sustenta la SAP Valencia de 3 de abril de 2012- *lo que por otra parte confirma el artículo 1271, párrafo primero del Código Civil*-. La doctrina ha seguido también en los últimos años esta tendencia".[142] (citas omitidas)

Otro pacto de contenido patrimonial que ha llamado la atención porque parece utilizarse con frecuencia, particularmente entre personas que contraen nupcias en segunda o ulterior ocasión, es el de renuncia a la compensación por el trabajo para la casa. Como es sabido, este tipo de indemnización previsto en el artículo 1438 del Código Civil para el caso en el que los cónyuges hayan seleccionado el régimen de separación de bienes — exigible al tiempo de la extinción de este—, pretende generar una compensación a favor del cónyuge que haya asumido la carga de atender las tareas y funciones inherentes al ámbito doméstico de la dinámica familiar. Parece que la cuestión tampoco se presenta totalmente pacífica, aunque quizá menos prolífica que la

[141] Martínez Escribano, *op. cit.*, Pactos Prematrimoniales, pág. 190.

[142] Cabezuelo Arenas, *op. cit*., Pactos preventivos sobre la pensión compensatoria, pág. 45. Esta autora reitera la importancia de la normativa catalana como referente: "dado el carácter vanguardista que presenta el Derecho de Familia catalán, y la evidencia de que el Derecho Común va haciendo suyas muchas de sus soluciones. Primero, a través de logros jurisprudenciales, y, más tarde, mediante reformas legislativas impulsadas por aquellos. La validez y eficacia de los pactos sobre modalidad, cuantía, limitación, extinción y la propia renuncia a la pensión compensatoria, encuentran su disciplina en aquél en los arts. 233-16 (1) y (2) y 231.20 CFC. Y como muestra de la recepción en nuestro Derecho de sus soluciones, bastaría citar, recientemente, la STS de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3137)". *Íd*. Pág. 42, nota 1.

discusión sobre la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico. A juicio de alguna autora, la renuncia anticipada a la compensación por el trabajo no presenta mayores fisuras:

> "Por cuanto se refiere, en concreto, al acuerdo prematrimonial de renuncia a dicha prestación, la doctrina se muestra en general favorable a su validez. Y en sede jurisprudencial, hasta donde conozco, únicamente la SAP de Murcia de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/71008) se ha pronunciado al respecto, también a favor de la validez del pacto. En el caso enjuiciado se desestima la pre- tensión de la mujer sobre reclamación de la compensación por el trabajo dedicado a la casa, al haber quedado constancia de la renuncia a ella, formulada en capitulaciones matrimoniales de separación de bienes otorgadas por los litigantes –ambos divorciados y con un concreto núcleo familiar derivado de sus precedentes nupcias– antes de casarse. Sostiene el tribunal, que siendo clara y explícita la renuncia a la aplicación de la medida compensatoria prevista en el artículo 1438 del Código Civil, carece de sentido por su gratuidad y falta de consistencia que se alegue por la recurrente el desconocimiento del pacto, no pudiendo ello implicar en modo alguno su falta de eficacia."[143] (citas omitidas)

Para PARRA LUCÁN, en cambio, la renuncia a la compensación por el trabajo para la casa al tiempo de la extinción del régimen de separación de bienes no deja de ser "problemática". Por ende consigna que si bien la tendencia parece favorecer su validez, los tribunales a veces utilizan esa tesis para reforzar su decisión de denegar la compensación por considerarla improcedente en el supuesto concreto ante su consideración, aun sin la renuncia. Afirma además que, genéricamente, "parece que las renuncias suscitan menos recelos cuando no se hacen de manera gratuita, sino a cambio de no contribuir al levantamiento de las cargas".[144]

De todas maneras, la facultad autorregulatoria de los cónyuges deja espacio para renunciar por la vía convencional a la compensación por el trabajo para la casa, pues es un asunto que no parece más trascendental que otras muchas cuestiones patrimoniales —incluso de mayor complejidad— que están al alcance de la voluntad de los cónyuges para acordar la dinámica conyugal constante matrimonio y las consecuencias liquidatorias de la disolución matrimonial. Por eso es atractivo el criterio de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ cuando, al estudiar detenidamente la incidencia del

[143] Gaspar Lera, *op. cit.*, Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad, ADC, Tomo LXIV, 2011, pág. 1069.

[144] Parra Lucán, *op. cit.*, págs. 280-281.

principio de libertad de pacto en el régimen de separación bienes, reconoce los distintos matices de las posturas a favor y en contra, pero se muestra categórica:

> "creo que el pacto correspondiente es perfectamente válido, sin necesidad de tener que configurar el régimen como atípico. Entiendo que el contenido del art. 1438 CC puede considerarse de derecho dispositivo, teniendo en cuenta que los esposos gozan de libertad para configurar una separación más absoluta, a imagen de lo que sucede en el derecho aragonés o balear en los que no existe la compensación que nos ocupa. Otra cosa, evidentemente, es que quede a salvo el hipotético ejercicio de una pretensión judicial por enriquecimiento injusto, a tenor de las reglas generales, cuando se demuestre la presencia de los rigurosos requisitos que exige la jurisprudencia para su reconocimiento.
> Es más, continuando con la renuncia, creo que, siendo coherente con los principios que disciplinan el régimen de separación, en todos aquellos casos en los que se exonera a uno de los esposos de contribuir al levantamiento de las cargas habría que interpretar tal disposición como favorable a la exclusión de compensación, pues claramente los esposos parten de la premisa inicial de que sólo uno de ellos atenderá los gastos ocasionados por el grupo familiar, no pareciendo justo que el otro esposo pueda reclamar una compensación cuando en nada contribuyó. Otra cosa será, insisto en que tenga lugar los presupuestos y requisitos que dan lugar al reconocimiento de la pensión compensatoria, institución totalmente independiente de la compensación."[145]

A modo de conclusión general en cuanto al variable y amplio contenido posible de los pactos en previsión de ruptura debe señalarse que para algunos anticipar exhaustivamente las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial pudiera resultar absolutamente incompatible con la *affectio maritalis.* Tal opinión merece el más profundo respeto, pero no impide coincidir con PÉREZ HEREZA, cuando apunta que "el juicio moral que merezca esta situación debe ser indiferente al jurista".[146] Tengo clara la función de las normas jurídicas de proveer soluciones a las necesidades y demandas de la sociedad en la que se insertan. Por ende, el legislador no tiene por qué llegar retrasado al encuentro de la norma con la realidad metajurídica que viven los ciudadanos. Ello solo contribuye a la proliferación de formulaciones *ad hoc* que si bien pretenden atender los supuestos concretos de sus protagonistas, no necesariamente contribuyen a una mayor seguridad jurídica ni ayudan a reducir las potenciales controversias entre estos al enfrentar la crisis matrimonial.

---

[145] De Amunátegui Rodríguez, *op. cit*., La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (J.J. RAMS ALBESA, director y coordinador), Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2009, págs. 263-264.

[146] Pérez Hereza, *op. cit*., La Autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales, pág. 597.

Esta realidad es confirmada por AGUILAR RUIZ cuando reitera que la figura de los pactos anticipados ya no es «*rara avis*» en la práctica legal española: "Así lo demuestra la cada vez más abundante jurisprudencia menor, destinada a resolver litigios en los que marido y mujer discuten la validez o se reclaman mutuamente el cumplimiento de este tipo de acuerdos prematrimoniales generalmente, en el curso del pleito de separación o divorcio, y al hilo de la determinación de las medidas definitivas. Se trata, en la mayoría de las ocasiones, de matrimonios formados por personas provenientes de divorcios anteriores que, decididas a contraer nuevo matrimonio, acuerdan pactar anticipadamente y de forma consensuada las consecuencias personales y patrimoniales derivadas de una eventual y futura ruptura".[147]

Con todo, para evitar la incomodidad natural que puede provocar la crítica de una voz extranjera, conviene dejarlo en palabras de un jurista español:

> "Esta es la situación en la que se encuentra actualmente el ordenamiento español. Ante el silencio de la legislación estatal la jurisprudencia es cambiante y aunque la tendencia mayoritaria proclama la validez de los pactos, existen excepciones en las que se niega validez a los pactos por falta de aprobación judicial y en general siguen existiendo prejuicios en contra de los convenios matrimoniales atípicos que dificultan que estos desplieguen una eficacia similar a la que se predica de cualquier contrato.
>
> En un estado plurilegislativo como el nuestro, la situación es todavía más preocupante, pues el silencio del legislador estatal será aprovechado por las legislaciones autonómicas para ocupar su espacio, lo que, al margen de la merma de igualdad para los ciudadanos, será causa de nueva inseguridad jurídica. Frente a la paralización de la legislación estatal nos encontramos con una abundante legislación autonómica, siendo los parlamentos autonómicos (aunque sea por la razón política de agotar o extender su límite competencial) quienes han dado lugar a un proceso de encomiable actualización y depuración técnica de los llamados tradicionalmente derechos forales… pese a que no parece haber ningún hecho diferencial que reivindicar en relación a la regulación de las crisis matrimoniales. Por todo ello considero que urge promulgar una normativa estatal en la que al menos se reconozca la validez de determinados pactos, sobre cuya admisibilidad parece existir un cierto consenso, y se proclame que tienen una eficacia idéntica a cualquier otro contrato.
>
> […]
>
> Lo anterior no significa que desconozca la problemática específica de estos pactos y sus diferencias con respecto a cualquier contrato que se mueve en el ámbito específico del derecho patrimonial. Precisamente por ello junto al reconocimiento sin ambages de la validez y eficacia de los

[147] Aguilar Ruiz, *op. cit.*, Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja, pág. 22, n.1.

> pactos matrimoniales, no estaría de más que la normativa del futuro fijase algunos límites a la autonomía de la voluntad."[148]

En un futuro cercano la normativa española podría moverse con claridad y contundencia a reconocer en materia de pactos en previsión de ruptura la realidad social descrita por GONZÁLEZ DEL POZO al afirmar, hace poco menos de una década: "Los españoles han dejado de pensar que «uno se casa para toda la vida» para entender que «uno se casa para el tiempo que dura el amor entre la pareja»".[149] Sin embargo, no es indispensable esperar por la adopción de un régimen jurídico tipificado para acomodar la facultad autonormativa de los cónyuges para prever las consecuencias personales o patrimoniales de una eventual ruptura, pues aquella encuentra apoyo en el amplio contenido posible del contrato capitular en la normativa vigente. Este es sede idónea, si bien no la única, para tratar de asegurar que una futura crisis matrimonial sea lo menos contenciosa y devastadora posible. Después de todo, como pone de manifiesto la muy acertada analogía de ROCA TRÍAS, el concepto del pacto en previsión de ruptura no es muy distinto al seguro de daño, pues "nadie quiere el daño, aunque el contrato de seguro viene a prevenir el desastre si ocurre".[150]

Es de señalar que no desconocemos que la doctrina ya se ha planteado la necesidad de analizar cuidadosa y detenidamente si el reconocimiento tipificado de los supuestos de validez y eficacia del pacto en previsión de ruptura es preferible a su admisibilidad al amparo de la libertad de contratación, en el ámbito general y en sede matrimonial, sujeto a los límites correspondientes. Así por ejemplo, ANDERSON discute el asunto al contrastar lo resuelto por el Tribunal Supremo en la previamente discutida STS de 31 de marzo −que validó la obligación del esposo de pagar una renta mensual a favor de la esposa conforme a lo acordado en un pacto matrimonial en previsión de ruptura−, con la resultante ineficacia de tal pacto si este se examinara a la luz de los requisitos exigidos en la normativa catalana vigente que discutimos en el siguiente apartado de este trabajo. Al discutir diversas cuestiones que podría suscitar el cuestionamiento de validez o eficacia del referido pacto, afirma:

---

[148] Pérez Hereza, *op. cit.*, pág. 598-599. El autor pone de manifiesto también los problemas que supone la ineficacia de determinados acuerdos conyugales "si se tiene en cuenta que estos pactos suelen estar ligados a otros acuerdos (generalmente de liquidación) sobre cuya validez y eficacia no existen dudas."

[149] González del Pozo, *op. cit.*, Acuerdos y contratos prematrimoniales (II), pág. 9.

[150] E. Roca Trías, Prólogo del libro de C. Martínez Escribano, Pactos Prematrimoniales, *op. cit.*, pág. 12.

> "Si seguimos adelante por esta línea argumental, puede muy bien acabar sucediendo que, en un contexto como el que define el Código español, en que, a primera vista, la admisibilidad de los pactos en previsión de ruptura sería muy reducida de no ser por la jurisprudencia que los acepta, los cónyuges gocen de mayor libertad que cuando se encuentren sujetos a la más moderna legislación catalana…
>
> Pero, de todos modos, la conclusión es clara, allí donde más o menos recientemente se ha legislado sobre pactos en previsión de una ruptura matrimonial, se han tomado en consideración una serie de circunstancias que determinan la admisibilidad solo de algunos pactos y no de cualquier pacto que cumpla los requisitos del artículo 1261 del Código español, contrariamente a lo que viene a confirmar la sentencia que nos ocupa para el caso en que resulte de aplicación el Código Civil español." [151] (citas omitidas)

### 5.5 Pactos en previsión de crisis matrimonial en el derecho autonómico

Es pertinente poner de relieve que si bien en el epígrafe con el que se inicia este apartado se utiliza la expresión *pactos en previsión de crisis* y, a lo largo de su desarrollo *pactos en previsión de ruptura*, es porque su contenido y eficacia puede ser aplicable a cualquiera de las dos situaciones, bien a la que ponga fin al vínculo matrimonial o bien a la que manteniendo dicho vínculo –caso de la separación judicial- exija la adopción de determinadas medidas.

El silencio del Código Civil sobre los pactos o acuerdos en previsión de ruptura matrimonial contrasta con las referencias que a estos hacen algunos de los ordenamientos autonómicos, si bien unas más puntuales que otras. Aunque la mayoría de ellos no contempla la cuestión, no debe subestimarse la referencia de los que sí lo hacen, pues como apunta GARCÍA ROMÁN,[152] la normativa foral española acoge una multiplicidad de pactos de naturaleza «compleja y atípica» que podría reproducirse en el ámbito del Derecho civil común. A su juicio, "las capitulaciones matrimoniales y sus pactos añadidos en territorios forales tuvieron mayor implantación que el Derecho

---

[151] M. Anderson, Los acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial: la reforma catalana de 2010 en contraste con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, 83 Rev. Jur. U.P.R. 599, 620 (2014). Véase G. Labadie Jackson, Reflexiones acerca de la libertad de contratación en el Derecho de Familia moderno: Análisis comparado, 83 Rev. Jur. UPR 535, 556 (2014): "… un alto grado de autonomía trae consigo el riesgo de aumento de intervención judicial para fiscalizar, modificar o dejar sin efecto lo pactado, como ocurre en los Estados Unidos en comparación con lo que, hasta la fecha, ha ocurrido en los ordenamientos europeos que admiten los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial. A mi modo de ver, es preferible que se adopten cautelas procedimentales *ex ante* que aportan mayor seguridad jurídica, que la intervención judicial *ex post* cuando se solicita el cumplimiento del acuerdo."

[152] A. Román García, Eficacia de los regímenes económico matrimoniales: tipicidad y atipicidad en el establecimiento de los pactos, en *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, 2006, pág. 692.

común y la autonomía privada en este ámbito se desarrolló con mayor vigor, conservando sus límites propios, que no se diferenciarán esencialmente de los establecidos en el art. 1328 del Código Civil".[153]

También referido al plano de la normativa autonómica, PINTO ANDRADE señala que el reconocimiento legislativo de los acuerdos de convivencia reguladores de las uniones de hecho, y su correspondiente doctrina jurisprudencial, ha tenido un rol "referencial" para que los acuerdos en previsión de ruptura tomaran el auge que tienen:

> "Y ello desde la constatación del hecho de que matrimonio y unión de hecho son instituciones que, lejos de separarse y diferenciarse, tienden a igualarse y equipararse desde el punto de vista legal. Al día de hoy, unánimemente, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran perfectamente válidos estos pactos que regulan la convivencia de la pareja de hecho y los efectos de la ruptura. Esta conclusión se funda en la licitud genérica de las situaciones de convivencia *more uxorio*, que ya no repugnan la moral social dominante, han sido reconocidas por el legislador y han merecido un juicio favorable del Tribunal Supremo. En la Jurisprudencia, pionera en este sentido fue la STS de 18 de mayo de 1992, cuando señala que dichos Convenios están dotados de la licitud y fuerza obligatoria conforme al artículo 1255 del Código Civil, añadiendo que conviene recordar que la Recomendación número R (88)-3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de marzo de 1988 está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas o que se regulan las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el período ulterior a su cesación, no pueden tenerse como nulos por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones (STS 1.ª 4.06.1998 y STS 1.ª 22.01.2001). Y a tenor de este reconocimiento, las sucesivas leyes autonómicas reguladoras de las uniones de hecho abundan en esta idea, al señalar todas ellas la libertad de pactar entre los convivientes de hecho los aspectos personales y patrimoniales, tanto para que rijan durante la convivencia como en previsión de la futura ruptura."[154] (citas omitidas)

Aunque son varios los Derechos autonómicos que, en mayor o menor medida, contemplan los pactos en previsión de crisis matrimonial, puede tomarse como referencia fundamental la regulación contenida en el Código civil de Cataluña, sin que ello impida hacer mención de otras regulaciones autonómicas aunque con menor extensión.

---

[153] *Íd*. Pág. 694, este autor afirma específicamente que "En todas estas manifestaciones de los pactos en las legislaciones forales encontraremos un rico caudal de sugerencias para los pactos atípicos, que válidamente pueden articularse en nuestro ordenamiento jurídico al amparo de la autonomía privada y de la libertad de actuación de los cónyuges en el establecimiento y modificación de su organización económica en regímenes matrimoniales, o en pactos añadidos o sustitutivos del mismo."

[154] Pinto Andrade, *op. cit.*, pág. 49.

### 5.5.1 Pactos en previsión de ruptura en la legislación catalana

En el ámbito autonómico la más expresa alusión al acuerdo en previsión de crisis se halla en el sistema jurídico civil catalán, que desde el artículo 15 del antiguo Código de Familia de Cataluña mencionaba las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes—"incluso en previsión de una ruptura matrimonial"—como parte del posible contenido de las capitulaciones matrimoniales.[155] De hecho, al discutir la viabilidad de los pactos prenupciales en previsión de crisis matrimonial en el ámbito del Derecho civil común, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA había apuntado que este artículo determinaba la viabilidad del pacto en previsión de ruptura con carácter más específico que el principio de autonomía de la voluntad y de libertad de pacto del artículo 1255 CC. Además, afirmó entonces que el establecimiento en la norma catalana de la libertad de regulación de la relación familiar de modo que incluyera la alternativa de anticipar en los capítulos matrimoniales estipulaciones y pactos en previsión de ruptura dio paso a su reconocimiento legal como "estipulaciones preventivas de futuro que ya comienzan a tener algún reflejo en la sociedad".[156]

En efecto, esa referencia general eventualmente tuvo cauce —y se desarrolló— en el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio. Esta pieza legislativa tuvo vigencia a partir de 1 de enero de 2011 y dejó sin efecto el *Codi de Familia* vigente desde el año 1998, que era el cuerpo de ley unificado que, a su vez, había refundido la normativa jurídica familiar catalana.[157]

---

[155] El texto del artículo 15 del Código de Familia de Cataluña era:

> 1. En los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial.
>
> 2. Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse antes o después del matrimonio. Los otorgados antes sólo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio.

[156] Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *op. cit.*, Derecho de familia y de la persona, pág. 54.

[157] Sobre el régimen económico catalán, véase G. Díez-Picazo Giménez, Derecho de Familia, (coord. por Gema Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2012, pág. 809; Juana Marco Molina, Santiago Espiau Espiau, Lidia Arnau Raventós, Susana Navas Navarro, María Luisa Zahíno Ruiz y María Esperanza Ginebra Molins, Los regímenes económicos matrimoniales en el Derecho civil de Cataluña, en *Tratado de Derecho de la Familia: La familia en los distintos Derechos Forales*, (dirs. M. Izquieldo Tolsada y M. Cuena Casas) Vol. VII, Cizur Menor, Navarra, Ed. Aranzadi, 2011, pág. 113; A.Vaquer Aloy, Relaciones Económicas entre los cónyuges, en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, (dirs. F. Lledó Yagüé y M. Ferrer Vanrell), Editorial Dykinson, Madrid, 2010, pag. 365; J. Jarillo Gómez, Los regímenes económico-matrimoniales en España, Librería Técnica Bellisco, Madrid, 2011, pág. 268; A.J. Pérez Martín, Regímenes económicos matrimoniales: constitución, funcionamiento, disolución y liquidación, V. II, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 1811; L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Los regímenes económicos en los

El Libro II del Código Civil de Cataluña contiene el reconocimiento de la viabilidad del pacto en previsión de posible ruptura matrimonial en su Título III sobre *La familia*, en el primer capítulo de este, dedicado al *alcance de la institución familiar*. Más específicamente, la referencia genérica original a tal figura se inserta expresamente en la sección tercera, sede regulatoria de los *capítols matrimonials*, como contenido posible de estos. Allí el artículo 231-19 reproduce la referida mención al pacto en previsión de ruptura de forma general al disponer expresamente que en los capítulos *se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial*.[158]

Hasta ahí la similitud de la regulación vigente con la anterior, pues en marcado contraste con su predecesora, la nueva normativa familiar catalana dio un paso ulterior y acogió un régimen tipificado para el pacto en previsión de ruptura en su artículo 231-20.[159] Por ende, en sede de Derecho catalán, además de que no hay espacio para

---

territorios especiales o forales, en *Derecho de familia y de la persona*, T. V, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 527.

[158] Ley 25/2010, de 29 de julio, 534 (2010), en su parte pertinente:

> **Artículo 231-19. Contenido.**
>
> 1. En los capítulos matrimoniales, se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial.
>
> 2. Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio. Los otorgados antes sólo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y caducan si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año.

[159] **Artículo 231-20. Pactos en previsión de una ruptura matrimonial.**

1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio.

2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.

3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.

4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.

5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este

cuestionar si los pactos en previsión de ruptura pueden formar parte de las capitulaciones matrimoniales, están atendidos algunos extremos particulares de igual importancia.[160] Ese es el caso, por ejemplo, del requisito de la forma escritural, pues el artículo 231-20 dispone que aquellos pueden celebrarse tanto en capitulaciones matrimoniales como en escritura pública.

### A. Constancia en escritura pública

Sobre el requisito de forma escritural hay que advertir que la discusión no es pacífica aún, pues la cuestión de si en derecho catalán pudiera admitirse la eficacia de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, aunque no conste en escritura pública, no ha pasado desapercibida. Se plantea que no debe descartarse esa posibilidad y se fundamenta tal receptividad al reconocimiento de la validez de acuerdos contenidos en documento privado en el argumento de que la legislación catalana no se pronuncia expresamente sobre ese extremo en sede matrimonial:

> "Cabe preguntarse entonces por la posible eficacia de un pacto contenido en documento privado. En el caso de las capitulaciones matrimoniales, la forma pública es un requisito *ad solemnitatem*, lo que parece ligarse a la necesidad de dar publicidad a los terceros a través del Registro civil, hasta el punto de que se ha considerado que las cláusulas que sólo despliegan efectos entre los cónyuges deberían mantener su eficacia aun cuando consten en documento privado. En el caso de los pactos en previsión de ruptura, nos planteamos si el incumplimiento del requisito de escritura pública se traduce en la eficacia *inter partes* del acuerdo, aunque carezca de eficacia frente a terceros, o en la nulidad radical. En realidad, si llegado el momento de la ruptura ambas partes estuvieran de acuerdo sobre los términos pactados, la cuestión carecería de trascendencia práctica, porque igual daría entender que es un acuerdo anterior a la crisis, celebrado en previsión de una eventual y futura ruptura, o que se trata de un acuerdo

---

acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron.

[160] La normativa catalana sobre pacto en previsión de ruptura es de aplicación tanto al pacto prematrimonial como al celebrado constante matrimonio. Además, tipifica el acuerdo en previsión de ruptura de la convivencia de la pareja estable en cuanto el artículo 234-5 remite a la regulación del pacto en previsión de ruptura matrimonial. De hecho, los artículos 231-19 y 231.20 se complementan con otros preceptos, tales como el artículo 233-5.1. (carácter vinculante del pacto); 233-16 (pacto de renuncia anticipada a la prestación compensatoria y sus límites); el artículo 232-7 (pacto sobre compensación por trabajo) y el artículo 233-21.3 (pacto de atribución o uso de la vivienda familiar). Sobre los acuerdos para anticipar el posible cese de la convivencia no matrimonial, puede verse A. Montserrat Valero, Pactos en previsión de una ruptura de la convivencia en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (coords. R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero, y S. Nasarre Aznar), Barcelona, Bosch, 2011, pág. 407.

> privado celebrado una vez sobrevenida la crisis, el cual sería eficaz. El problema aparecería cuando una de las partes no quiera avenirse a lo acordado. Si tenemos en cuenta el razonamiento anterior en torno a la validez de las cláusulas privadas con eficacia *inter partes*, y dado que los pactos en previsión de ruptura normalmente no van destinados a producir efectos frente a terceros, podría defenderse su validez."[161] (citas omitidas)

Con todo, este planteamiento debe entenderse en su justa perspectiva, porque en el contexto del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial el requisito de la forma escritural no se enfoca en viabilizar la publicidad registral, sino en proveer mayores garantías de obtener de las partes un consentimiento informado de las partes. De ahí que reconozca esta misma autora que en ese sentido el incumplimiento con la forma pública debería provocar la invalidez del acuerdo en previsión de ruptura ante la pérdida de la garantía de una "correcta formación de la voluntad de las partes".[162]

Otra autora afirma rotundamente que no comparte «en modo alguno» la opinión que acepta la posibilidad de que el acuerdo en previsión de ruptura matrimonial pueda constar válidamente en documento privado, pues considera que el texto legislativo no deja dudas "si se interpreta el precepto dentro del cuerpo legislativo en su integridad".[163] Entiende CERVILLA GARZÓN que el derecho catalán vigente resuelve el asunto tanto al mantener la vinculación del acuerdo en previsión de ruptura con las capitulaciones matrimoniales como al prever que, tomado el acuerdo de manera independiente, debe constar en escritura pública. En sentido similar se había expresado antes GINÉS CASTELLET al interpretar la intención del legislador catalán al respecto:

> "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

[161] C. Martínez Escribano, Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en Derecho Catalán, Núm. 2 Rev. Jur. Cataluña, 2011, pág. 48. Es de notar que a esta autora le parece que el asunto de la validez del pacto en previsión de crisis contenido en documento privado está descartado en el contexto del cese de la convivencia de la pareja estable, que también regula la normativa catalana —aunque en capítulo separado—, puesto que en este ámbito el Artículo 234-5 alude expresamente a la necesidad de la forma escritural al disponer: *En previsión del cese de la convivencia, los convivientes pueden pactar en escritura pública los efectos de la extinción de la pareja estable. A estos pactos se les aplica el artículo 231-20*. Parece que esta autora entiende que el citado lenguaje es más taxativo que el precepto que requiere la forma escritural para el pacto en previsión de ruptura cuando se trata de la relación matrimonial.

[162] *Íd.*

[163] M.D. Cervilla Garzón, Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, pág. 179.

> manifiesto es que los pactos no tienen por qué contenerse en una escritura que sea, al mismo tiempo, de capítulos matrimoniales, pero 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."[164]

De hecho, en el contexto del Derecho catalán previo, otro autor había afirmado que en la medida en que el acuerdo se entendiera como contenido posible de los capítulos matrimoniales se estaba anticipando implícitamente que debía constar en escritura pública y reclamó como un acierto tal vinculación por entender que el documento público es mejor garante del principio de libertad y asegura el consentimiento libre de los contrayentes.[165] El asunto fue adjudicado posteriormente en sentido afirmativo por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el fundamento segundo del que fuera el primer dictamen sobre el asunto emitido después de la aprobación de la nueva regulación catalana, si bien al caso concreto le era de aplicación la legislación anterior y en virtud de ello se resolvió: "…en atención a los intereses en juego -que en la actual legislación han sido objeto de consideración muy precisa (art. 231-20 CCCat)-, consideramos que en el contexto normativo considerado sólo era posible su otorgamiento válido y eficaz en capítulos matrimoniales (art. 15.1CF) y, por tanto, en escritura pública con virtualidad constitutiva (art. 17.1 CF), porque, al margen de su eventual acceso a los registros oficiales (RDGRN 4/2003 de 19 jun.), dicha forma era la más apropiada para garantizar la libre formación de la voluntad de los cónyuges otorgantes, especialmente en una materia (art. 41 CF) que afecta al régimen económico matrimonial primario".[166]

---

[164] N. Ginés Castellet, Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña, RCDI, Núm. 727, 2011, págs. 2539-75, cita específica a la pág. 2593. En este trabajo se basa la publicación de otro, de la misma autora, titulado Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Derecho civil de Cataluña, 83 Rev. Jur. UPR 559 (2014). Más aun, esta autora entiende que ello es deducible también del Preámbulo del Libro II del Código Civil Catalán en cuanto allí se afirma que es destacable la posibilidad de adoptar los acuerdos en previsión de ruptura en una escritura pública que no sea la capitular, al hacer referencia a los requisitos formales y sustantivos de validez y eficacia establecidos para tales pactos.

[165] J. Egea I Fernández, Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial, *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Diez-Picazo*, Madrid, T. III, Ed. Thomson Civitas, 2003, pág. 4562.

[166] STSJ 46/2012 de 12 de julio (RJ 8894/2012). Comenta detenidamente la referida sentencia y reflexiona sobre los requisitos de la legislación catalana vigente, L. Allueva Aznar, Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial, InDret, Barcelona, enero 2013:

> «Desde una perspectiva del derecho comparado, existe una clara divergencia entre países en los que se requiere la escritura pública y países en los que no se exige este requisito y se confía en el derecho de contratos. Así, mientras que dentro del primer grupo destacan

El requisito de la forma escritural no es la única cautela *ex ante* adoptada en la regulación catalana del pacto en previsión de ruptura, pues también exige las siguientes salvaguardas procedimentales: (1) para el supuesto de que el acuerdo sea prematrimonial, este debe otorgarse antes de los treinta días previos a la fecha de celebración del matrimonio;[167] (2) las partes deberán ser informadas previamente por el Notario autorizante, separadamente [168] de: (*i*) las modificaciones que lo pactado introduce en las normas del régimen legal por defecto y (*ii*) el deber recíproco que tienen de divulgarse su respectiva información financiera. El alcance de este último extremo, a su vez, viene referido por la norma que específicamente impone al cónyuge que reclama el cumplimiento del pacto el peso de probar que al momento de su firma el otro tuvo información suficiente sobre el patrimonio, ingresos y expectativas económicas de aquel. Sin embargo, esto no comporta que la obligación de divulgación alcance todo tipo de información pues el precepto mismo condiciona el *onus probandi* a que la información sea «*relevante con relación al contenido del pacto*».[169]

En cuanto a la exigida participación notarial y, específicamente, su relación con la exigencia mutua de divulgación de información entre las partes, CABEZUELO ARENAS alaba la minuciosidad de la normativa catalana vigente. Entiende que es indispensable la «perfecta constancia» de los presupuestos que cimientan el acuerdo en previsión de ruptura de modo que sea posible determinar eventualmente, de ser necesario, el alcance de los cambios que aquellos hayan experimentado:

> "Si nos ceñimos a lo dispuesto en el art. 231.20 2 y 4 CFC, tendríamos que el Notario ha de advertir a las partes del deber recíproco que pesa sobre ellas acerca de proporcionarse información sobre su patrimonio, ingresos y expectativas, que no son otra cosa que las bases sobre las que se asentará el pacto que ambas suscribirán. A través de dicha información, tendrá lugar la elaboración del pacto que ha de vincularles. De manera tal que, si aquélla es falseada de cualquier modo, ocultándose, como prevé el artículo, sus activos patrimoniales, o fingiendo un estado de deudas inexistente, el pago no liaría a las partes. Aunque no hay que descartar, por supuesto, que aquellas se comportaran con absoluta honestidad a la hora de confesar cuál era realmente su situación patrimonial a la hora de comparecer ante Notario. Entonces, sólo dejaría de ser eficaz el acuerdo cuando, por acontecimientos sobrevenidos, se

---

Alemania Bélgica, Francia u Holanda, dentro del segundo nos podemos referir a Australia, Irlanda, Reino Unido o Singapur.» (citas omitidas)

[167] Art. 231-20.1, *supra*.

[168] Art. 231-20.2, *supra*.

[169] Art. 231-20.4, *supra*.

> mutaran sustancialmente esas bases contractuales que mutuamente calibraron las partes en toda su extensión (pues se ciñeron ambas rigurosamente a los hechos al dispensarse la información requerida).”[170] (citas omitidas)

Es evidente que el alcance de la intervención notarial está indudablemente matizado por la función que a la fe pública le adscribe la particular naturaleza del notariado latino, por lo que *prima facie* podría parecer que el referido precepto catalán huelga.[171] Quizá es así porque dicha normativa, en este y en muchos otros extremos, sigue el modelo estadounidense, protagonista de los más importantes desarrollos sobre la materia, y en el que la oportunidad de tener asesoramiento legal independiente es un factor a considerar al determinar la validez del consentimiento. Pero allí es entendible que se establezca con especificidad la función del profesional del derecho interventor porque no viene supuesta como en el caso del notario latino. Aun así, como se verá, la normativa estadounidense no llega a requerir, en efecto, la participación de un asesor legal en la celebración del acuerdo y la versión revisada de la ley uniforme mantiene la posibilidad que proveía su antecesora de renunciar al derecho a exigir la divulgación de la información, incluso si la renuncia se hace sin haber recibido asesoramiento legal previo.[172]

De todas formas, otra autora afirma que la norma catalana no exige al notario informar exhaustivamente a las partes sobre todos los asuntos tratados en el acuerdo, pues se entiende que la ley “sólo alude a una información precisa e individual sobre ‘el alcance de los cambios’, cuando el acuerdo contiene disposiciones que puedan afectar al régimen legal supletorio en esta comunidad, es decir, al régimen de separación de bienes”.[173] Pero se estima que ello aplica solo cuando tal cambio resulte en que el matrimonio se regirá por cualquiera de los otros dos regímenes reconocidos en el Derecho común, o cuando el pacto modifica normas relacionadas del régimen de

[170] A. L. Cabezuelo Arenas, Pactos preventivos sobre la pensión compensatoria, en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, España, 2014, pág. 44.

[171] Hace un análisis de la función notarial en este contexto SERRANO DE NICOLÁS, A. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (coords. R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero, y S. Nasarre Aznar), Barcelona, Bosch, 2011, págs. 357-361.

[172] La Ley Uniforme de Acuerdos Premaritales y Maritales lo que requiere es que las partes tengan oportunidad real de decidir si obtendrán asesoramiento legal. Este y todos los demás asuntos que trata la nueva versión de la referida ley uniforme se discuten detenidamente en el Capítulo IV del presente trabajo.

[173] Cervilla Garzón, *op. cit.*, Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado, pág. 180.

separación de bienes. Por ello sostiene que más allá de eso la intervención notarial está limitada a recordarles a las partes que tienen un deber de información recíproca, pero que no tiene siquiera que cerciorarse de que lo hayan hecho. Y añade:

> "Podía haber aprovechado el legislador para abundar en el contenido de esta obligación de asesoramiento, sin embargo, y aunque pudiera ser otra la lectura, no creo que se trate de un olvido u omisión. De todos es sabido que los notarios son profesionales de prestigio en la sociedad española y, como no, en el mundo del Derecho. El asesoramiento es una función innata a su profesión, que se entiende cumplirá al redactar el acuerdo y elevarlo a escritura pública con su firma y presencia. Detenerse más en esta obligación pudiera leerse como una desconfianza o una injerencia en las funciones que llevan a cabo los notarios en el tráfico jurídico."[174]

Otra autora se muestra menos satisfecha con el grado de regulación de la intervención notarial de la normativa catalana. Aunque reconoce que aquélla ofrece garantías probatorias que el documento privado no ofrece, entiende que no necesariamente resulta en el nivel suficiente de asesoramiento que necesitan las partes en función de sus intereses: "Es cierto que el notario queda sujeto a un asesoramiento imparcial a las partes, pero más allá de ello, y teniendo en cuenta la realidad práctica, creo que sería conveniente, especialmente cuando uno o ambos miembros de la pareja tengan un patrimonio considerable, que previamente cada una de las partes haya consultado con un abogado que vele exclusivamente por su intereses, como garantía de una adecuada protección de su posición. Sin ánimo de dudar de la imparcialidad del Notario, lo cierto es que sólo el abogado adopta una postura de defensa a ultranza de los intereses de su cliente, que deberá conciliarse con la defensa en sentido contrario ejercida por el abogado de la otra parte, llegando a un punto intermedio favorable para ambos cónyuges".[175] Esta opinión no es sotenible, sin perjuicio de que en algunas ocasiones, efectivamente, lo anterior puede resultar de aplicación, la realidad es que ello puede ocurrir, teóricamente, en cualquier negocio jurídico en el que interviene el notario, y no por ello es razonable entender que su obligación de imparcialidad atenta contra los intereses de las partes.

---

[174] *Íd.*

[175] Martínez Escribano, *op. cit.*, Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en Derecho Catalán, pág. 51.

### B. Temporalidad

Sobre el plazo temporal de anticipación a la celebración del matrimonio como requisito de validez del pacto en previsión de ruptura hay que apuntar que su fundamentación se haya en el carácter singular de la relación entre las partes otorgantes y de los asuntos que estos pretenden regular, por lo que se parte de la premisa de que ello presenta un escenario distinto al resto de la contratación matrimonial y a la contratación general. Esto claramente se magnifica cuando el pacto es prematrimonial, lo que ha llevado a defender que un límite al tiempo en el que pueden ser válidamente otorgados contrarresta la influencia perniciosa que podría ejercer alguna de las partes o el contexto circunstancial sobre el consentimiento de la otra. Esta exigencia persigue entonces el mayor resguardo posible de la auténtica voluntad de las partes, exigiendo un periodo de tiempo razonable para inmunizar a los contrayentes de la influencia que pueden implicar la inminencia del casamiento y las consecuencias de no acceder al otorgamiento del pacto. Es innegable que la finalidad misma del acuerdo en previsión de ruptura es ya cuestionable para la gran mayoría de las personas, pues se asume —erróneamente— que anticipar las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial es de todo punto incompatible con la actitud de compromiso que se espera de la relación matrimonial. Si a esto se suma que en el supuesto de que el acuerdo sea prenupcial es razonable asumir, por el momento circunstancial en el que se celebra, el estado anímico particularmente eufórico y optimista de los futuros cónyuges, no es exagerado pensar que podría estar amenazada la integridad de su consentimiento en determinadas circunstancias.

En el caso concreto de la normativa catalana se entiende que la exigencia de validez del requisito temporal para el acuerdo prenupcial es doble puesto que, aunque el pacto en sí tiene que ser otorgado con la antelación mínima de 30 días, el matrimonio mismo tiene que celebrarse dentro del plazo de un año a partir del otorgamiento. Esto porque, como así se exige para el pacto contenido en capitulaciones matrimoniales, se defiende su aplicación analógica al pacto contenido en otro tipo de escritura pública.[176] También se afirma que el cumplimiento con el límite temporal a la celebración del

[176] Ginés Castellet, *op. cit.*, pág. 2592: "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."

acuerdo se entiende como requisito indispensable de validez, por lo que su incumplimiento produce la nulidad del acuerdo:[177]

> "El plazo de 30 días no tiene justificación clara como no sea atendiendo más a motivaciones personales que patrimoniales, para así evitar situaciones de debilidad o presión derivadas de la cercanía de la fecha de la celebración del matrimonio y el posible estado personal, v.gr. embarazos, presiones familiares, etc. En todo caso, al ser los celebrados en dicho plazo inválidos, e ineficaces por derivación, supone que no cabe sino tener que volver a otorgar otros para regular las materias que allí se hubieran previsto, y no cabe pues su subsana acción, sino, necesariamente, 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 al matrimonio al que afectan no es *in fieri* sino *in facto esse*, pues ya se ha celebrado."

### C. Contenido y eficacia

De otra parte, hay que señalar que la adopción de una normativa tipificada para los pactos en previsión de ruptura en el Derecho catalán permitió también al legislador autonómico atender algunos de los asuntos más problemáticos que plantea la figura en relación con su eficacia y sus límites.[178] De esa forma respondió al reclamo del sector que planteaba la insuficiencia de la referencia general que hacía la normativa catalana previa al permitir el pacto en previsión de ruptura como contenido posible de los capítulos matrimoniales y que, en palabras de GINÉS CASTELLET, "*dejaba insolutos casi todos los problemas que suscitaba la puesta en práctica de estos*".[179] A juicio de esta autora, la normativa catalana refleja así la ruta de ampliación de la autonomía de los cónyuges que inspiró al Código de Familia de Cataluña de 1998 y a la reforma del Código Civil al introducir en el año 2005, en el plano del Derecho común, la cesación del vínculo matrimonial por voluntad unilateral. No obstante, entiende que el legislador estatal no aprovechó completamente la referida ampliación de la libertad conyugal para adelantar la posibilidad de autorregulación de la relación matrimonial, pues debió dar un paso ulterior y reconocerla expresamente en el ámbito de la facultad de anticipar las

[177] Serrano de Nicolás, *op. cit.*, pág. 357.

[178] Véase, entre otros, C. Martínez Escribano, *op. cit.*, Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en Derecho Catalán, págs. 41-65; M.D. Cervilla Garzón, *op. cit.*, Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano". Diario La Ley, Número 8011, Sección Doctrina, (2013); N. Ginés Castellet, Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña, RCDI, Núm. 727, 2011.

[179] Ginés Catellet, *op. cit.*, pág. 2581.

consecuencias de una eventual ruptura del matrimonio. Por ello afirma que "*el legislador catalán ha ido más allá que el estatal*" y resalta el acierto de la normativa vigente:

> "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… 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…"[180] (citas omitidas)

Se ha dicho que tal tratamiento del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial no es sorpresivo en el entorno jurídico civil catalán, pues su legislación familiar es "proclive al pacto como fórmula viable para solucionar o prever conflictos dentro de las relaciones familiares".[181] En el contexto particular del régimen económico matrimonial puede abonar a ello también el que las normas por defecto sean las del régimen de separación de bienes, por lo que LAMARCA i MARQUÉS entiende que aquel fomenta una mayor receptividad de los cónyuges hacia la regulación convencional de su dinámica conyugal:

> "De esta manera, en función de cuál sea el patrimonio y el régimen económico matrimonial los cónyuges tendrán más o menos incentivos para otorgar capitulaciones. Creemos que si los cónyuges disponen de una base patrimonial considerable tendrán más necesidad de regular su gestión y transmisión. A su vez, si el régimen de bienes es poco intervencionista en la comunicación de ganancias entre los cónyuges, parece que la autorregulación también debe quedar incentivada."[182]

Sea como fuere, es incuestionable el gran paralelismo entre el tratamiento dispensado mayoritariamente por el entramado normativo estadounidense al acuerdo en previsión de ruptura y el que se observa en el régimen catalán. Ello confirma, siguiendo a CERVILLA GARZÓN,[183] la apertura vanguardista del Derecho privado catalán a las

---

[180] *Íd.* Pág. 2583.

[181] En este sentido, Cervilla Garzón, *op. cit.*, Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado, pág. 175.

[182] A. Lamarca Marqués, E. Farnós Amorós, A. Azagra Malo y M. Artigot Golobardes, Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?, InDret 4/2003, Barcelona, pág. 3.

[183] Cervilla Garzón, *op. cit.*, Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado, pág. 176.

tendencias y desarrollos jurídicos en materias de actualidad, que ahora refleja en el tema del pacto con previsiones para el caso de una eventual crisis:

> "Abordar esta materia, tal y como lo hace el legislador catalán, sólo puede llevarse a cabo desde el Derecho norteamericano, baluarte en el mundo occidental de estos acuerdos, y donde existe una consolidada y reciente jurisprudencia sobre la que se ha construido toda una doctrina sobre su régimen jurídico. Podemos afirmar, pues, que en el modo de tratar la figura el legislador catalán se encuentra muy contaminado por la doctrina estadounidense. Lógicamente no podía ser de otro modo, pues ni en Europa, ni mucho menos en España, existe una tradición, ni tampoco una doctrina o jurisprudencia importante de peso, que haya reflexionado sobre los mismos."[184]

Otra característica que se desprende claramente al examinar la normativa catalana es que no sigue una estructura tasada de los posibles contenidos válidos de los pactos en previsión de ruptura, si bien, como se discute más adelante, alude a cuestiones concretas para las cuales limita la libertad de pacto de los cónyuges, adelantando su ineficacia. La importancia de la delimitación del perímetro de validez de los acuerdos ha sido puesta de manifiesto por la doctrina científica reiteradamente.[185] Es extrapolable a este contexto el entendimiento de que la ley catalana fomenta la adscripción de un contenido personal a los capítulos matrimoniales, pues se afirma que ello haya justificación bastante en el amplio alcance del precepto regulador de su contenido posible y en la tendencia observada hacia la *desjudicialización* de los conflictos familiares; añadido a ello que el desarrollo de los pactos en previsión de ruptura matrimonial y su detallada tipificación puede entenderse como una admisión del legislador a los acuerdos sobre asuntos de carácter personal, por lo que MARCO MOLINA afirma: "No está, pues, en cuestión, la posibilidad de adoptar ese género de acuerdos fuera de convenio regulador. Ocurre únicamente que los acuerdos conyugales relativo esos extremos (guarda y relación personal con los hijos)… se someten a revisión judicial para verificar si es conforme al interés de los hijos en el momento en que se pretende su cumplimiento…".[186] Por eso para esta autora el reconocimiento

[184] M.D. Cervilla Garzón, Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano, Diario La Ley, Número 8011, Sección Doctrina, pág. 7, (2013)

[185] Analiza las disposiciones relacionadas a este tema en el Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña, A. 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), pág, 742.

[186] Marco Molina, *op. cit.*, pág. 196-197.

legislativo a la posibilidad de autorregulación conyugal mediante acuerdos con contenido personal deja casi inoperante la prohibición de transigir sobre cuestiones personales y familiares del art. 1814 CC, al menos en cuanto rija la ley catalana: "… sólo se mantendría la prohibición de celebrar pactos en materia de estado civil, pero no, en cambio, la relativa a transigir sobre 'cuestiones matrimoniales' e incluso sobre 'alimentos futuros' entre los cónyuges, ya que … solo es revisable judicialmente lo acordado sobre alimentos para los hijos y no, por tanto, lo que, en previsión de la ruptura, hubieran acordado los contrayentes o cónyuges sobre los alimentos que hubieran de prestarse entre ellos".[187]

### C. Claridad y reciprocidad

Es menester apuntar también que en la normativa actual,[188] el alcance objetivo de los pactos en previsión de ruptura cobra particular importancia porque el silencio del Código civil catalán respecto a los contornos precisos de la libertad negocial convive con una exigencia de reciprocidad y claridad aplicable a todas las materias convenidas en el acuerdo, en cuanto excluyan o limiten derechos, según lo dispone en su inciso 3º el artículo ancla de la disciplina.[189]

La necesidad de claridad y precisión requerida por el precepto no amerita menos que un total endoso, pues es indudable la trascendencia del pacto en la particular dinámica conyugal en el escenario de crisis, en el que usualmente sobra la tensión, la desconfianza y los reproches entre las partes. De manera que la pretensión legislativa de que los acuerdos no dejen lugar a la necesidad de interpretar estipulaciones tácitas de exclusión de derechos o de renuncias generalizadas de estos no parece enfrentar objeción. Sin embargo, la exigencia de reciprocidad para los pactos en previsión de ruptura no es tan pacífica, principalmente porque es muy común que tales pactos se hagan precisamente para acordar limitaciones o exclusiones de derechos reconocidos en las leyes por defecto. En realidad el problema surge en cuanto se plantea que el parámetro de reciprocidad reconduce a la exigencia de igualdad de los cónyuges como

[187] *Íd*. Pág. 272.

[188] Examinan detenidamente las diversas posibilidades de contenido de los pactos regidos por la normativa catalana vigente, Ginés Catellet, *op. cit.*, págs. 2602-2615 y Martínez Escribano, *op. cit.*, Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en Derecho Catalán, págs. 41-65; Serrano de Nicolás, *op. cit.*, págs. 369-387.

[189] Art. 231-20.3, *supra.*

límite a su facultad autonormativa en cuestiones matrimoniales, con lo que se incorpora por referencia la candente discusión que examinamos previamente al abordar los límites constitucionales y legales a la autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial. Puesto en esos términos, se hace inescapable el espinoso debate sobre lo que comporta la exigencia de igualdad conyugal, pero esta vez insertado en el contexto particular de su función como delimitante del alcance de las renuncias o limitaciones de derechos en los pactos en previsión de ruptura. Sobre este particular SERRANO DE NICOLÁS postula cómo debe armonizarse la decisión del legislador catalán de imponer el filtro de la reciprocidad con el mandato de igualdad de la Magna Carta española:

> "La reciprocidad, que no debe confundirse con igualdad, admite diversas ópticas o equivalencias; así, entiendo que la reciprocidad no implica participación con idéntico porcentaje en toda clase de negocios, actividades, ganancias, incrementos, etc.; ni tampoco en todos los rendimientos, sean o no especulativos, personales o profesionales, pero, por el contrario, sí exige igualdad o equivalencia de reglas o criterios, sea por razón de la naturaleza de los negocios, de las cuantías a recibir por cada uno del otro o del origen (sean o no heredados o que requieran de específica titulación o riesgo especulativo); así, no podrán excluirse o limitarse (fijando porcentajes diferentes) los derechos de cada cónyuge en las inversiones o ingresos con idénticas características o naturaleza en ambos cónyuges, es decir, no cabe que se apliquen criterios distintos para uno y otro cónyuge cuando haya igualdad en el origen, fuente o naturaleza del derecho que produce los ingresos o incrementos del patrimonio; sí cabrá la diferenciación cuando se dé nota que realmente los haga singulares o específicos, pero con igual regla para el otro cónyuge, aunque obviamente pueden obtener dichos negocios o ingresos, al menos, en el momento de pactarse. " [190]

Lo anterior hace evidente que la reciprocidad como límite busca salvaguardar la voluntad del cónyuge que, por diversas circunstancias, pueda encontrarse en una posición de debilidad frente al otro, por lo que nos encontramos en situación similar a lo que persigue la ley en otros ámbitos en los que también tutela los intereses de una parte

[190] Serrano de Nicolás, *op. cit.*, págs. 368-369. El autor añade:

> "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 de la titularidad de bienes adquiridos por herencia o que ya se hubiesen adquirido antes del matrimonio, etc.
>
> La reciprocidad puede presentar problemas cuando la exclusión o limitación en la participación se funda en la distinta naturaleza de la fuente origen de los ingresos; así, por exigirse o no titulación académica, o por, aunque sean en ambos cónyuges negocios empresariales, tener o no un origen sucesorio familiar, etc."

vulnerable. La dificultad con esto, sin embargo, es que en el contexto actual de la regulación de la relación matrimonial no necesariamente se está en una situación de sumisión de un cónyuge respecto del otro, particularmente porque la mujer, como sujeto tradicionalmente protegido como parte débil, cada vez lo es menos; e igualmente, esa identificación preconcebida del cónyuge vulnerable se desdibuja en relación al matrimonio homosexual.

En el supuesto particular del pacto de renuncia o limitación a la prestación compensatoria, se apunta como un desacierto que el requisito de reciprocidad introducido por la regulación vigente condicione su validez:

> "En un principio, esta previsión legal parece acertada. No obstante, si profundizamos en esta cuestión, tal vez se pueda llegar a la conclusión diferente. Pensemos, por ejemplo en una renuncia a la prestación compensatoria. Aunque renuncien ambos miembros de la pareja, en la mayoría de los casos ya está en cierto modo predeterminado quién va a ser el beneficiario de la misma. Por tanto, la renuncia a esta prestación por parte de quien es evidente que no va percibirla carece de trascendencia práctica, pero si no renunciara, la validez del acuerdo quedaría en entredicho. Ciertamente, puede ocurrir que por un cambio de circunstancias inicialmente imprevisto, quien resulte beneficiario de la prestación sea quien no renunció a ella, aunque no cabe duda de que esta posibilidad no será la más habitual." [191]

Como opina esta autora, la aplicación del requisito de reciprocidad en tal escenario de renuncia unilateral resultaría en la nulidad del acuerdo, por cuanto si se quisiera conciliar este con el estándar de reciprocidad debería asumirse la renuncia tácita a la prestación compensatoria por parte del cónyuge que no lo manifestó expresamente. Dado que ese cónyuge no lo hizo solo porque era poco probable que resultara acreedor de aquella, podría armonizarse así la intención legislativa con el respeto a la facultad normativa de las partes para ejercer su voluntad.[192]

Otra autora, sin embargo, rechaza contundentemente la crítica al requisito de reciprocidad impuesto por el artículo 231-20.3 y, por el contrario, reivindica como un gran acierto su exigencia como criterio de validez:

---

[191] Martínez Escribano, *op. cit.*, Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en Derecho Catalán, pág. 52.

[192] Sobre el particular expone Ginés Catellet, *op. cit.*, pág. 2599:

> "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 realizadas sólo en relación con uno de los cónyuges."

> "El texto catalán resuelve de forma mucho más inteligente y práctica y haciendo uso de la mejor técnica jurídica, el tema de la desproporción. En verdad, repugna que un pacto relativo a una materia como son las relaciones familiares, donde subyace un evidente interés público, puede resultar manifiestamente perjudicial para una de las partes contratantes, como consecuencia de la desproporción entre ambas debido al contenido del acuerdo. En este sentido, el art. 231.20 al exigir la reciprocidad cuando en el acuerdo se realizan renuncias a derecho que pudieran corresponderles a los cónyuges, evita que, en ningún caso, el pacto pueda ser tachado de desproporcionado, al menos formalmente. Ello aunque el resultado del mismo sea más favorable para una parte, lo cual es inevitable si la situación financiera de origen no es idéntica; pero desfavorable no es igual que desproporcionado. Ya que la desproporción implica que el resultado diferente se ha alcanzado como consecuencia de acuerdos no equitativos en cuanto a la forma. En definitiva, la eterna pugna entre igualdad formal y material, que, en este caso, se decanta por la primera."[193]

Se apunta también que el Artículo 231-20.3 es deficiente en cuanto no somete el reconocimiento de derechos a la exigencia de reciprocidad, pues el tenor literal del precepto parece excluirles al referirse solo a "los pactos de exclusión o limitación de derechos". De ahí que se cuestione si el criterio de reciprocidad impide la ampliación unilateral de los derechos reconocidos en las normas por defecto, para lo que se advierte una contestación negativa.[194] MARTÍNEZ ESCRIBANO, por su parte, plantea la cuestión usando el ejemplo de un pacto en el que un cónyuge reconozca al otro el derecho a reclamarle una indemnización en caso de que aquel le sea infiel. Entiende que la aplicación literal del precepto llevaría a concluir que tal reconocimiento no violenta el mandato de reciprocidad del artículo 231-20.3, aunque apunta que interpretándolo con flexibilidad y con recurso a la equidad podría entenderse aplicable a este asunto.[195]

---

[193] Cervilla Garzón, *op. cit.*, Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado, pág. 182:

> "De nuevo discrepo con Martínez Escribano… [cuando] critica la exigencia de reciprocidad de la renuncia de derechos que a mí me parece tan plausible. Sus argumentos hacen referencia a cuestiones relacionadas con la "igualdad material", a los que hemos aludido en el texto principal."

[194] Ginés Catellet, *op. cit.*, pág. 2601.

[195] Martínez Escribano, *op. cit.*, Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en Derecho Catalán, pág. 53.

## E. Control judicial e ineficacia

En relación con la eficacia de los referidos pactos, el precitado artículo 231-20 CCC, en su inciso 5°, atiende uno de los más controvertidos asuntos en esta materia al someter la eficacia de los acuerdos al control judicial. Se trata de una garantía *ex post* que permite adjudicar la ineficacia del pacto anticipado cuyo cumplimiento provoque grave perjuicio a un cónyuge, poniéndole a este la carga de probar que han ocurrido cambios relevantes en las circunstancias en las que se celebró el pacto, y que no eran razonablemente previsibles. Debe descartarse la interpretación y aplicación dilatada de este supuesto, pues lo contrario podría resultar en la desestimación generalizada de este tipo de acuerdos que, dada su naturaleza misma, usualmente suelen estar basados en la apreciación de las circunstancias en las que se encuentran las partes en un momento generalmente distante de la situación fáctica en la que se impugna la eficacia de lo pactado. De esta forma la normativa catalana asume posición en respuesta a múltiples planteamientos doctrinales previos en relación con la cuestión, reiterados por la doctrina científica elaborada con posterioridad a la aprobación del referido precepto, que ha advertido: "… 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, se estaría, 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".[196]

Por lo demás, es de señalar que la eficacia del pacto en previsión de ruptura viene avalada por el artículo 233-5[197] del Código Civil catalán al establecer con

[196] Ginés Catellet, *op. cit.*, pág. 2616. La mera alteración de las circunstancias no es suficiente para justificar la intervención judicial, pues se hace necesario que uno de los cónyuges "sufra un significativo quebranto, de manera que el cumplimiento del pacto le sea hasta tal punto oneroso, no sólo en un sentido de pérdida estrictamente patrimonial, que cabe esperar que, si tales circunstancias se hubieran dado inicialmente, nunca hubiera concluido el pacto". Además de que el cambio en las circunstancias puede ser de tipo personal, como accidentes o enfermedades, pero siempre de carácter grave y vinculadas al perjuicio alegado, además de involuntarias y razonablemente imprevisibles. *Íd*. Pág. 2617.

[197] **Artículo 233-5. Pactos fuera de convenio regulador.**

> 1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede.
>
> 2. Los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada, independiente para cada uno de los cónyuges, pueden dejarse sin efecto, a

contundencia su carácter vinculante *inter partes*, esta vez en sede del capítulo dedicado a los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial. Lo mismo determina para los pactos adoptados una vez ocurrida la ruptura de la convivencia que no lleguen a incluirse en el convenio regulador.[198] El referido precepto también trata el aspecto procesal, al prever la posibilidad de acumular la acción en la que se exige el cumplimiento de los pactos con aquella en la que se exige la disolución, así como la posibilidad de incorporarla a la solicitud de medidas provisionales. Asimismo, y concretamente en su inciso 3º, la norma anticipa la ineficacia de los acuerdos conyugales sobre la guarda de los hijos menores y las relaciones paterno filiales —así como lo relativo a sus alimentos—, si desprotegen el mejor interés de aquellos a la luz del escenario fáctico existente cuando se exige el cumplimiento de lo acordado.

De hecho, este último supuesto de ineficacia del acuerdo no es el único que la normativa catalana contempla en función del alcance objetivo de lo pactado. La regulación también aborda singulares cuestiones de eficacia de los pactos relativos a (*i*) la prestación compensatoria,[199] sobre lo que podrá pactarse mientras no se atente contra la atención de las necesidades básicas del cónyuge acreedor; (*ii*) la pensión por razón del trabajo,[200] lo que inclusive admite acuerdos de exclusión total o (*iii*) lo pactado

---

instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconvención en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer.

3. Los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento.

[198] Ha llamado la atención que los pactos acordados entre los cónyuges después de surgida la crisis conyugal sin asesoramiento legal previo e independiente son revocables dentro de los tres meses posteriores a su adopción, a pesar de que son los de mayor auge, según Marco Molina, *op. cit.*, Los regímenes económicos matrimoniales en el Derecho civil de Cataluña, pág. 189. Ello parece explicarse si se tiene en cuenta que el consentimiento dado en medio de la crisis matrimonial está potencialmente expuesto a un estado anímico particularmente tenso y adverso. Pero, para esta autora tal entendimiento de las cosas es contrario a pronunciamientos judiciales anteriores que, a la luz de la normativa catalana previa, reconocieron total eficacia a ese tipo de pacto "en tanto que convenios entre "personas adultas y capaces", bastando entonces la regulación ordinaria de los vicios de la voluntad para fiscalizar en qué medida la perturbación anímica propia de la crisis de pareja pudo afectar a la libertad y a la conciencia de alguno de los cónyuges en el momento de contraer el pacto." *Íd*. Pág. 189.

[199] **Artículo 233-16. Pactos sobre la prestación compensatoria.**

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

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

[200] **Artículo 232-7. Pactos sobre la compensación.**

anticipadamente sobre atribución o uso de la vivienda familiar, [201] que resultará ineficaz en cuanto perjudique el interés de los hijos o, para el caso de que tal pacto no se incorpore a un convenio regulador, en cuanto comprometa la atención de las necesidades esenciales del cónyuge beneficiario.

Por último, en este contexto de los supuestos de ineficacia de los acuerdos en previsión de ruptura es necesario incorporar por referencia lo discutido en relación con la carga probatoria impuesta al cónyuge que reclama el cumplimiento del pacto. Según se discutió entonces, la ley es categórica cuando requiere que ese cónyuge acredite que el otro conocía su información patrimonial y financiera al consentir a lo pactado, en los términos tratados anteriormente al relacionarlo con el requisito de validez que exige la advertencia notarial requerida al respecto.[202]

### 5.5.2 Otras referencias en la legislación autonómica

Como se mencionó antes, en el ámbito autonómico hay otras referencias a la posibilidad de autorregulación de los cónyuges de las consecuencias de una futura crisis matrimonial. Es el caso de la Comunidad Autónoma de Valencia, que en el Título I,

---

> En previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte, puede pactarse el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón de trabajo de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-20.

[201] **Artículo 233-21. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda.**

> 1. La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:
>
> a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.
>
> b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.
>
> 2. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.
>
> 3. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

[202] Art. 231-20.4, *supra.*

Capítulo V, de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, sobre el régimen económico matrimonial contiene lenguaje que puede igualmente dar cómoda cabida a los pactos en previsión de ruptura. Allí incluye como contenido de la carta de nupcias *cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos o, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio* ***o incluso después de la disolución del mismo***… [203] Es de resaltar la referencia específica a la posibilidad de pactar asuntos a favor de los hijos *por nacer*, lo que puede claramente reconducirse de manera general al ámbito del pacto matrimonial en anticipación de circunstancias familiares futuras.

Sobre este asunto explican BLASCO-GASCÓ y CLEMENTE MEORO que el contenido posible de la carta de nupcias valenciana incluye un contenido típico *o estricto* para el contrato capitular y otro que si no se denomina atípico, al menos es «no necesario». Y entienden que el contenido posible de la carta de nupcias concuerda con el régimen del Código Civil para el derecho común, en cuanto se puede establecer en aquella el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos conyugales sobre asuntos patrimoniales o personales para que tengan efectos constante matrimonio o incluso tras su disolución "sin más límites que los que resultan de la ley, las buenas costumbres y el principio de igualdad entre los cónyuges".[204]

De otra parte, cabe hablar de otros preceptos de rango autonómico que, si bien indirectamente o de manera menos expresa que las vigentes en Valencia o Cataluña,

---

[203] **Artículo 25. El contenido de la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales.**

> En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta Ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio.

[204] F. Blasco-Gascó y M. Clemente Meoro, El régimen económico matrimonial valenciano, en *Derecho de Familia*, (coordinado por Gema Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2012, pág. 708-709: "Como cabe apreciar, los términos en que se pronuncian el precepto son suficientemente amplios y permiten incluir en capitulaciones no sólo reglas relativas al régimen económico matrimonial sino también otro (sic) pactos de carácter patrimonial (p.ej., donaciones *propter nuptias*, negocios sucesorios) o personal (p. ej., reconocimiento de hijos, custodia de hijos en caso de separación o divorcio).

Desde luego, los pactos capitulares no pueden contravenir las normas imperativas de la propia ley valenciana -o de cualquier otra aplicable al matrimonio, aunque sea con carácter supletorio, como puede ser el Código Civil-, ni las buenas costumbres -esto es, el modelo de conducta ética vigente en cada momento histórico y lugar- y ni el principio de igualdad entre los cónyuges en derechos y obligaciones.

Aunque la ley valenciana no diga nada al respecto, la aplicación supletoria del Código Civil (Disposición final 2.ª LRMV) determina la nulidad de los pactos contrarios a la ley, las buenas costumbres y el principio de igualdad entre los cónyuges (arte. 1328 CC). Se trata, por tanto, de una nulidad parcial."

acogen determinadas referencias cuya aplicación puede trasladarse razonablemente a la esfera de los pactos en previsión de ruptura matrimonial. Ese es el caso particular de los artículos 195 y 197 del Código del Derecho Foral de Aragón, que interpretados integradamente permiten entender que es posible que los capítulos otorgados antes del matrimonio puedan tener efectos, si así se pacta, a partir de un tiempo posterior a la celebración del matrimonio. Tal planteamiento se fundamenta en que el segundo de tales preceptos dispone que los capítulos matrimoniales "*si se otorgan antes del matrimonio, no producirán efectos hasta la celebración de éste, **salvo que prevean un momento posterior para su eficacia***".[205] De ahí que pueda deducirse que la eficacia de los capítulos puede partir del tiempo en el que surge la crisis matrimonial de la pareja.[206]

Además, abona a lo anterior el lenguaje utilizado por el referido Código aragonés en su Artículo 195, sobre el contenido y forma de los capítulos matrimoniales, al disponer que éstos podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al "*régimen familiar* y sucesorio los contrayentes y de quienes con ellos concurran al otorgamiento, sin más límites que los del principio *standum est chartae*"[207], lenguaje este que puede parecer incluso más amplio que el del artículo 1325 del Código Civil. Otro autor acepta también una lectura amplia del contenido posible de los capítulos matrimoniales al considerar que estos han sido extraordinariamente importantes en Aragón al proveer la posibilidad de una regulación personalizada, de tal modo que "han resultado ser un auténtico código privado con el fin de regular no sólo cuestiones referentes al régimen

[205] **Artículo 197. Tiempo y eficacia**

> 1. Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse y modificarse antes del matrimonio y durante el mismo.
>
> 2. Si se otorgan antes del matrimonio, no producirán efectos hasta la celebración de éste, salvo que prevean un momento posterior para su eficacia.
>
> 3. En cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición o término, incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros

[206] En este sentido, Martínez Escribano, Pactos Prematrimoniales, *op. cit.*, pág. 87. Aunque la referencia de esta autora en el citado trabajo —en cuanto a este extremo— es a la hoy derogada Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, que estuvo vigente hasta el 23 de Abril de 2011, su planteamiento se sostiene a la luz del derecho aragonés vigente. Es así porque la norma que rige a partir de esa fecha es el mismo, si bien desde entonces es parte del Código del Derecho Foral de Aragón, que entró en vigor por virtud del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón. Dicho Código consiste del texto refundido de las leyes civiles aragonesas.

[207] **Artículo 195. Contenido y forma de los capítulos.**

> 1. Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurran al otorgamiento, sin más límites que los del principio *standum est chartae*.
>
> 2. Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones requieren, para su validez, el otorgamiento en escritura pública.

económico matrimonial de los cónyuges o futuros contrayentes, sino que su ámbito es mucho mayor, regulando cuestiones familiares en sentido amplio".[208]

Por último, en cuanto a la normativa aragonesa sobre libertad capitular respecta, debe considerarse que su interpretación extensiva viene avalada también por la norma del Artículo 185 del citado Código del Derecho Foral de Aragón[209] en cuanto establece claramente el principio de libertad de regulación entre los cónyuges, de manera paralela a la libertad de pacto y de contratación que provee el Código civil en sede matrimonial. Sobre este particular extremo y su estrecha relación con el principio *standum est chartae* recogido en el Artículo 3 del título preliminar del referido Código,[210] se ha defendido categóricamente una amplia libertad capitular en la normativa aragonesa:

> "Se plasma en este artículo la libertad de pacto de capítulos, pudiendo pactarse… [c]ualquier régimen matrimonial de derecho común o especial sin más limitaciones que el principio *standum est chartae*. Merino opina que dentro de los límites del artículo podrían pactar un régimen extranjero, siempre que sus reglas se marcaran de un modo claro y preciso.
>
> Este principio es uno de los pilares del derecho aragonés, histórico y actual, que en palabras de José María Recio Sáez de Guinoa en su artículo "El principio *standum est chartae*. Concepto e historia." es: *El principio "standum est chartae" consagra en el ordenamiento aragonés la libertad de la voluntad privada; esto es la posibilidad que ostenta el sujeto de autorregular sus relaciones jurídicas de carácter civil. Este apotegma, cuyo origen se remonta al propio del Reino de Aragón, goza hoy de reconocimiento legal expreso tanto en la Compilación Aragonesa (artículo 3) como las últimas leyes civiles publicadas. De este modo, la libertad civil conserva toda su virtualidad en el tráfico privado apartando, en muchos casos la eficacia de las disposiciones del derecho general.*
>
> Si bien, esta libertad de pacto civil tiene el límite de las normas imperativas, entre otras las que establece el párrafo segundo."[211]

---

[208] E. Perales Sotomayor y M. Gimeno Gómez-Lafuente, El régimen económico matrimonial en Aragón, en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, (dirs. F. Lledó Yagüé y M. Ferrer Vanrell), Editorial Dykinson, Madrid, 2010, pág. 105.

[209] **Artículo 185. Principio de libertad de regulación.**

> 1. Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer el matrimonio, así como celebrar entre sí todo tipo de contratos, sin más límites que los del principio standum est chartae.
>
> 2. Las normas de los artículos 183, 184, 186 a 190 y 194 son imperativas.

[210] **Artículo 3. «Standum est chartae».**

> Conforme al principio standum est chartae, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés.

[211] Perales Sotomayor y Gimeno Gómez-Lafuente, *op. cit.,* El régimen económico matrimonial en Aragón, pág. 101.

Debe señalarse que este precepto aragonés fue expresamente invocado por algún autor como fundamento adicional para sostener que se venía abriendo la puerta al reconocimiento jurídico del pacto en previsión de ruptura matrimonial, si bien en referencia a su versión anterior en la precitada Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de Aragón.[212]

Ni en la normativa de Islas Baleares ni en la del País Vasco se advierten referencias expresas o tácitas a los pactos previsores de una futura ruptura matrimonial. En relación con la primera, sin embargo se ha dicho que el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, [213] permite un contenido de las capitulaciones matrimoniales más amplio que el previsto en el Código Civil para el ámbito del derecho común. Su fundamento es que el artículo 66.2 permite incluir cualquier estipulación relativa al régimen económico *de la familia* y al régimen sucesorio tanto de los contrayentes como de cualquier otro sujeto que concurra al otorgamiento. De ahí que se afirme que la normativa capitular balear admite estipulaciones de carácter económico *familiar* –a las que no se refiere como régimen económico *matrimonial*– y las estipulaciones de naturaleza sucesoria, que persiguen consolidar el patrimonio familiar. Ello refleja que el régimen económico matrimonial se ha articulado en la legislación balear en función de un «sentido amplio» de la familia que no se corresponde con el predominio de la familia nuclear en tiempos actuales.[214]

En cuanto a la normativa vasca, la ausencia de referencia a la posibilidad del pacto conyugal en previsión de una eventual ruptura puede quedar mínimamente salvada si se aplica analógicamente la libertad de pactos que en materia patrimonial permite a los cónyuges el Derecho Civil Foral del País Vasco,[215] al reconocer la libre elección del régimen económico matrimonial en su artículo 93.[216] Libertad de pacto que

---

[212] Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *op. cit.*, Derecho de familia y de la persona, pág. 54.

[213] EDL 1990/15822.

[214] M.N. Tur Fáundez, La familia en el Derecho Civil de Baleares, en *Tratado de Derecho de la Familia*, (Mariano Izquieldo Tolsada y Matilde Cuena Casas dirs.) V. III, Cizur Menor, Navarra, Ed. Aranzadi, 2011, pág. 484.

[215] Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco (EDL 1992/18036).

[216] **Artículo 93**.

> El régimen económico del matrimonio será el que libremente pacten los cónyuges en escritura pública, antes o después de su celebración.
>
> El régimen económico matrimonial, tanto el pactado como el legal podrá ser modificado mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

PÉREZ MARTÍN asimila a la que prima "en el resto de ordenamientos jurídicos nacionales y forales" y permite la modificación del régimen constante matrimonio.[217]

En relación con el texto de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra puede entenderse que su referencia en la Ley 80.7 FN a cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio admite genéricamente el acuerdo en previsión de ruptura.[218] Lo anterior resulta muy razonable si se atiende a la amplia gama de contenidos concretos a los que se refiere la citada ley 80 FN, lo que supone un diseño capitular de largo alcance por su función como "instrumento de ordenación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges y de inclusión de disposiciones de contenido muy variado y de diversa índole, tanto personal como familiar y sucesorio".[219]

Por último, a las referencias reseñadas hay que añadir el artículo 172 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, previsor de que los cónyuges puedan pactar en capítulos matrimoniales las bases para realizar la liquidación total o parcial de la sociedad de gananciales, con plena eficacia al momento de la disolución.[220] Parece razonable entender que la referencia a tales "bases" que darán eficacia a la liquidación de la sociedad acojan cómodamente los acuerdos que a esos efectos los cónyuges hayan previsto en anticipación a la ruptura. Así lo explica BRAVO BOSCH cuando se refiere al precepto regulador del contenido posible de las capitulaciones sobre el cual afirma que constituye una "propuesta novedosa y sin precedente" en el ordenamiento gallego.

---

En ningún caso las modificaciones en el régimen económico matrimonial perjudicarán los derechos adquiridos por terceros, ni los derivados de la troncalidad.

[217] A.J. Pérez Martín, Regímenes en lo Derechos Forales, en *Regímenes económicos matrimoniales: constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, V. II, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 1823.

[218] González del Pozo (II), *op. cit.*, pág. 7.

[219] T. Hualde Manso, La familia en el Derecho Civil de Navarra, en *Tratado de Derecho de la Familia: La familia en los distintos Derechos Forales*, (Mariano Izquieldo Tolsada y Matilde Cuena Casas, dirs.) Vol. VII, Cizur Menor, Navarra, Ed. Aranzadi, 2011, pág. 660. Esta autora resume así los preceptos que entiende por posible de inclusión en los capítulos matrimoniales, además del contenido típicamente patrimonial referente a la elección, determinación o modalización del régimen matrimonial: "a) donaciones *propter nuptias* (ley 112 FN); b) paréntesis dotes (ley 119 FN) y dotaciones (ley 133 FN); c) renuncias de derechos, tales como al usufructo de fidelidad, a derechos sucesorios, a la reversión de donaciones, la reserva del bínubo, etc.; d) donaciones esponsalícias (entre prometidos), entre cónyuges (ley 76 FN) y arras (ley 125 FN); e) pactos sucesorios (leyes 173 a 175 FN); f) disposiciones sobre el usufructo de fidelidad tales como la renuncia anticipada del mismo (ley 253.IV FN), pérdida (ley 254 FN), dispensa al cónyuge viudo de la obligación de hacer inventario (leyes 257 y 264.I FN), constitución de garantía para el ejercicio del usufructo (ley 264.IV FN), entre otras." *Íd*., pág. 661.

[220] La referencia es a la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (BOE de 11 de agosto de 2006), modificada por ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la ley 2/2006. La parte pertinente dispone:

**Artículo 172**. Los cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal.

Asegura que ese entendimiento de la ley viabiliza que los cónyuges puedan adoptar acuerdos en previsión de una futura liquidación de la sociedad conyugal: "Evidentemente se trata de un supuesto preventivo que busca evitar mayores problemas si se tuviese que disolver una sociedad previa existente, ya que el tener las bases para realizarla disminuye la tensión posible entre los contendientes y aclara desde el principio cuáles son las condiciones en las que se debe llevar a cabo la disolución de la sociedad conyugal".[221] Además, la autora pone de manifiesto la utilidad de un acuerdo anticipado sobre la liquidación de la sociedad en cuanto este provee "tranquilidad en el resultado de la disolución y evita la confrontación negativa propia de todo procedimiento judicial, al margen de los gastos económico que ello pudiera suponer.[222]

Por su parte, REBOLLEDO VARELA resalta la importancia de distinguir las estipulaciones previas sobre liquidación eventual del régimen económico matrimonial —o de las bases para realizarla— de otros que usualmente pueden encontrarse en capitulaciones matrimoniales, pero que autorregulan los efectos de una crisis matrimonial que producirá la liquidación de la sociedad ganancial de inmediato. Explica que el acuerdo referido en el artículo 172 de la Ley de Derecho Civil gallega se celebra anticipadamente, por lo que en ese momento no existe una relación conflictiva en el seno conyugal. De esta manera lo que está regulado en el precepto es un tipo concreto de pacto; algo que, a su juicio, deja superadas las dudas que pudiera plantear el asunto en el ámbito del Derecho civil común:

> "… de lo que se trata través de estos pactos es de anticipar las reglas de liquidación de la sociedad de gananciales con el fin de concretar y delimitar lo que a cada cónyuge le pueda corresponder para, entre otras cosas, facilitar la disponibilidad de los bienes comunes gananciales. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que aunque su aplicación principal indudablemente residirá cuando sea la sociedad de gananciales el régimen económico entre los cónyuges, su ubicación dentro de las disposiciones generales lo hacen de general aplicación, tanto para una eventual liquidación del patrimonio común que pueda existir dentro de un régimen de separación de bienes (art. 1441 CC o inmuebles adquiridos en copropiedad ordinaria) como para la compensación económica del art.

[221] M. J. Bravo Bosch, El régimen patrimonial del matrimonio en Galicia, en Derecho de Familia, (coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2012, pág. 669.
[222] *Íd.*

1438 CC de cálculo del crédito de participación (art. 1417 y ss. CC )". [223] (citas omitidas)

Por último, valga apuntar, aunque pudiera parecer innecesario, que el citado autor confirma que, si bien el texto del referido precepto gallego provee amplio espacio para el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en cuanto los pactos están necesitados de la forma escritural porque son capitulares, el asunto de sus límites se reconduce a lo dispuesto en el artículo 1328 del Código Civil, pues a eso conduce el artículo 174 de la propia ley de Derecho Civil de Galicia.[224]

[223] A.L. Rebolledo Varela, El régimen económico matrimonial en el Derecho civil de Galicia, en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, (dirs. F. Lledó Yagüé, y M. Ferrer Vanrell), Editorial Dykinson, Madrid, 2010, págs. 537-538.

[224] **Artículo 172**. Las capitulaciones podrán contener cualquier estipulación relativa al régimen económico familiar y sucesorio, sin más limitaciones que las contenidas en la ley.

# CAPÍTULO IV.
# ACUERDOS CONYUGALES EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

## 1. Consideraciones generales

Como se adelantó en la *Introducción* de este escrito, al plantear la delimitación del alcance de esta la investigación se decidió incluir el análisis y estudio del tratamiento jurídico dispensado a los acuerdos conyugales en la normativa estadounidense. Ello responde a que su protagonismo en la evolución de importantes desarrollos teóricos y prácticos en la materia es incuestionable. De ahí que resulte sumamente relevante el estudio de los fundamentos y justificaciones —tanto en el ámbito doctrinal y legislativo, pero principalmente en la casuística— de las soluciones brindadas a las principales cuestiones jurídicas que plantean los acuerdos conyugales sobre la convivencia matrimonial y su posible ruptura. Además, es evidente la relevancia que tiene la normativa estadounidense sobre acuerdos conyugales como parte de un sistema jurídico de tradición anglosajona con el que el sistema legal puertorriqueño —el otro que se estudia en esta tesis— comparte condicionantes políticos, jurídicos, y socioeconómicos determinantes desde hace más de cien años. [1]

Es necesario, sin embargo, apuntar que este acercamiento se hace, principalmente, desde el prisma de los acuerdos prematrimoniales, pues no es hasta muy recientemente, como se explicará oportunamente, que el referido ordenamiento estadounidense consolida el tratamiento jurídico brindado a los acuerdos conyugales, sean celebrados antes o después del matrimonio.[2]

[1] Sobre este tipo de acuerdo en otros sistemas legales puede verse, entre otros, J. M. Scherpe y otros, Marital agreements and private autonomy in comparative perspective, (Jens M. Scherpe, ed.) Hart Publishing, Oxford, 2012; J.M Scherpe, Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino, InDret 2/2012, Barcelona; S. Gaspar Lera, Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés, InDret 3/2012, Barcelona; D. Salter, C. Butruille-Cardew, y S. Rante, International Pre-Nuptial and Post-Nuptial Agreements, Jordan Publishing, Bristol, 2011 y M.D. Cervilla Garzón, Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

[2] El estudio de los materiales bibliográficos en inglés ha supuesto la necesidad de traducir libremente algunos términos legales. Salvo que otra cosa se indique, las traducciones son nuestras y se hacen a los únicos fines de su utilización en este escrito, sin pretensión de oficialidad.

Hay que comenzar por apuntar que, en rigor, no cabe hablar de un *modelo estadounidense* en relación con los pactos en previsión de crisis matrimoniales, puesto que en el sistema federalizado de los Estados Unidos de América (en adelante, EE. UU.) el Derecho de familia, como regla general, es de la competencia legislativa estatal. Por supuesto que los fundamentos jurídicos que explican la anterior aseveración están fuera del alcance de este trabajo, pero baste apuntar aquí que la intervención legislativa del Congreso Federal es excepcional en el ámbito de las *relaciones domésticas*, como se denomina genéricamente en ese país la normativa reguladora de las relaciones familiares. Algún autor ha señalado que España refleja las consecuencias de la diversidad territorial en su Derecho de Familia de manera similar, aunque menos severa, que en los Estados Unidos.[3] Esa es una aseveración demasiado simplista, dadas las profundas y significativas diferencias en la estructura político-jurídica del Estado entre uno y otro país. De todas formas, en el contexto en el que se examina la normativa estadounidense en este trabajo, la mayor o menor precisión de la referida apreciación sobre las implicaciones de la coexistencia de diversos ordenamientos en un escenario plurilegislativo es indiferente a los méritos sustantivos de la discusión, más allá, claro está, de las consecuencias que ello pueda tener en el ámbito del derecho internacional privado.

Lo que sí es una consecuencia directa e ineludible de la convivencia horizontal de tantos conjuntos normativos es la imposibilidad de hablar categóricamente de uno u otro *modelo* de ordenamiento, por lo que la mayoría de los autores recurre a describir el estado de derecho vigente a base de generalizaciones de los distintos principios que ha desarrollado la jurisprudencia, la legislación y la doctrina científica, para luego categorizar a los estados en grupos que comparten, en mayor o menor grado, una normativa similar.[4] Para facilitar la exposición de los temas que se interesa discutir en esta parte de este trabajo, se opta por seguir una metodología similar,[5] así como para

[3] R. E. Rains, The perils and pitfalls of marital agreements in multiple legal systems, 46 Fam. L.Q. 385, 393 (2012).

[4] La referencia es mínimamente a los cincuenta Estados y al Distrito de Columbia. En igual contexto podríamos añadir a los territorios estadounidenses, como Puerto Rico.

[5] La doctrina jurisprudencial y legislativa sobre este tema en el plano estatal es extensísima, por lo que, al igual que en otras materias, la *American Bar Association* (ABA) hace un ingente esfuerzo de sistematización a través de sus publicaciones especializadas. En este capítulo seguimos muy de cerca el esquema de uno de los textos auspiciados por la Sección de Derecho de Familia del ABA sobre el tema: L.J., Ravdin, Premarital Agreements: Drafting and Negotiation, 1ra ed., Chicago, Ed. ABA Book Publishing, 2011(incluye una tabla que resume y compara las principales características de la normativa de cada Estado). De la misma forma puede verse L.J., Ravdin, Factor premarital agreements and divorce into Estate Plans, 41 Estpln 15, 2014. También contiene una excelente sistematización sobre las

evitar la discusión repetitiva de la normativa común entre algunos de los sistemas estatales, pues existen suficientes puntos de encuentro entre éstos que así lo viabilizan. También en el plano metodológico, es menester anotar que primero enfoco la discusión en los acuerdos premaritales porque es el ámbito que se desarrolló inicialmente, pero además porque así lo hace mayoritariamente la doctrina estadounidense, pues no es hasta muy recientemente, como se verá, que el modelo de legislación uniforme sobre la materia propone extender su alcance a los pactos en previsión de ruptura acordados durante el matrimonio pero sin que se haya concretado la crisis matrimonial.

Es un hecho indisputable que en los Estados Unidos de América también se ha experimentado el cambio de la visión tradicional que importaba la idea de los acuerdos premaritales en previsión de ruptura utilizados solo por personas adineradas, o prestos a casarse en segundas o ulteriores nupcias, o bien por parejas con hijos de un matrimonio previo, y casi siempre con el objetivo único de proteger su patrimonio. Esa perspectiva se abrió a una realidad diferente porque en la actualidad el auge en la utilización de los acuerdos prenupciales responde, además, a otras razones económicas y sociológicas. Así por ejemplo, puede apuntarse entre ellas que cada vez es más frecuente que ambos cónyuges generen ingresos de sus respectivas carreras profesionales[6]; la evolución hacia los sistemas divorcistas contemporáneos que simplifican la disolución del vínculo matrimonial —principalmente a través de la descausalización del trámite y de la eliminación del criterio culposo— y el consecuente interés, cada vez mayor, de las parejas en diseñar una normativa reguladora para su relación marital a la medida de sus circunstancias económicas y personales.

Esos cambios en el sustrato socioeconómico en el que opera la normativa de los acuerdos prematrimoniales han encontrado cauce en casi todos los sistemas jurídicos estatales estadounidenses aunque con diversos matices. Ello ha contribuido a que en las últimas cuatro décadas se valore más el aspecto práctico de anticipar y aclarar las normas que regirán el matrimonio, con lo cual la necesidad de lograr acuerdos válidos y adecuados es mayor. Además, en el contexto estadounidense, el alto grado de movilidad interestatal de la población es una realidad cotidiana, con lo cual la deseabilidad de que los distintos conjuntos normativos estatales compartan un núcleo común es más importante aún.

---

principales cuestiones B. Turner y L. Morgan, Attacking and defending marital agreements, 2da Ed., ABA Publishing, Chicago, 2012.

[6] Véase B. Means, The contractual foundation of Family-Business Law, 75 Ohio St. L.J. 675 (2014).

## 2. Evolución de y régimen jurídico

En los Estados Unidos de América la utilización de los acuerdos prematrimoniales para regular las relaciones patrimoniales de los cónyuges en caso de separación o disolución por divorcio comenzó a tomar una nueva perspectiva, concretamente, en la década de los años setenta.[7] Hasta entonces, los tribunales, de ordinario, sólo reconocían la validez de los acuerdos prematrimoniales para disponer de derechos patrimoniales de los cónyuges en caso de disolución del vínculo matrimonial por muerte de uno de ellos, pero no en caso de divorcio. La visión prevaleciente entonces era que ese reconocimiento de validez limitada de los acuerdos abonaba a la paz conyugal y era consistente con la política pública de proteger el matrimonio y la armonía familiar. Así, los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial por razón de divorcio o separación no recibían el mismo tratamiento, porque se entendía generalizadamente que validarlos facilitaba el divorcio de la pareja y atentaba contra la estabilidad del matrimonio, por lo que se afirmaba mayoritariamente que eran contrarios a la política pública defensora de la institución matrimonial.

El caso *Posner v. Posner*[8] se señala como el que marcó la nueva etapa que puso fin a la visión tradicional e impulsó la evolución a la normativa mayoritaria vigente que parte de la premisa de que los acuerdos prematrimoniales para regular los derechos y obligaciones de los cónyuges en previsión del divorcio no se consideran nulos *ab initio* y que, lejos de facilitar el divorcio, promueven y facilitan el matrimonio.[9] Los Estados, bien por la vía legislativa o por la jurisprudencial, fueron adoptando esa visión moderna y desarrollaron la normativa reguladora para este tipo de acuerdo, lo que explica, al menos parcialmente, su falta de uniformidad y sus diferencias en cuanto a aspectos cruciales para la validez de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Ni siquiera en la denominación de estos acuerdos hay uniformidad, pues se observa la utilización de términos diversos para referirse a lo que en la actualidad se conoce mayoritariamente como acuerdo premarital o prematrimonial (*premarital agreement*),

[7] B. H. Bix, Bargaining in the shadow of love: the enforcement of premarital agreements and how we think about marriage, 40 William & Mary L. Rev. 145, 148 (1998).

[8] Posner v. Posner, 233 So. 2d. 381 (Fla. 1970); Véase también Volid v. Volid, 286 NE 2d. 42 (Ill. 1972), que sostiene en igual sentido que la los acuerdos en previsión de crisis no violan el orden público siempre que se celebren en ausencia de fraude, violencia e intimidación. Véase L. Ravdin, Premarital agreements: drafting and negotiation, 1ra ed., Chicago, Ed. ABA Book Publishing, 2011, pág. 6.

[9] R. Roy, Modern status of views as to validity of premarital agreements contemplating divorce or separation, en *American Law Review*, 53 A.L.R. 4th 22 (1987).

que la jurisprudencia más antigua denomina "acuerdo prenupcial" (*prenuptial agreement*) o "acuerdo antenupcial" (*antenuptial agreement*). Con todo, más allá de la denominación que se formule, como antes se dijo, el hecho de que las relaciones domésticas, de ordinario, no son de la competencia legislativa del gobierno nacional, hace más necesario aun que se promueva la uniformidad, en el nivel estatal, de la normativa reguladora de este tipo de acuerdo y de los requisitos para su válida ejecución.

La publicación en 1983 de la Ley Uniforme de Acuerdos Prematrimoniales (*Uniform Premarital Agreement Act*), en adelante *UPAA*, por sus siglas en inglés, fue un esfuerzo dirigido a promover la uniformidad en el tratamiento legislativo de este tipo contractual a nivel estatal. [10] La UPAA fue adoptada por la entonces llamada Conferencia Nacional de Comisionados de Leyes Estatales Uniformes (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, en la actualidad conocida como (*Uniform Law Commission*) (en adelante, Comisión de Ley Uniforme), organización dedicada a la redacción de propuestas de legislación uniforme para proveer claridad y estabilidad en temas críticos de legislación estatal. Su objetivo último es fortalecer el sistema federado con la adopción, a nivel estatal, de leyes uniformes que, a su vez, reflejen la mejor experiencia de los desarrollos estatales. En sus veintinueve años de vigencia, veintisiete estados, incluyendo a Washington, D.C. adoptaron la UPAA, total o parcialmente (algunos con modificaciones significativas, principalmente en cuanto a los requisitos de validez o eficacia).[11] Otros estados siguen en su ordenamiento jurídico algunos principios similares a la UPAA pero sin adoptarla formalmente.[12]

Otro desarrollo importante en el esfuerzo de promover claridad y uniformidad a la normativa estatal sobre acuerdos prematrimoniales es el realizado por el Instituto de Derecho Americano (en adelante "ALI", como se le conoce comúnmente al *American Law Institute*, por sus siglas en inglés). Este organismo de reconocido prestigio, dedicado a promover la claridad del Derecho estadounidense, publicó en el año 2002 los

[10] Uniform Premarital Agreement Act, 9C U.L.A. 43 (1983).

[11] Veáse Ravdin, op. cit., pág. 8. Los estados que han adoptado la UPAA son: Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Montana, Nebraska, Nevada, New Jersey, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Texas, Utah, Virginia. Uniform Law Comission, Enacment Status Map, http://uniformlaws.org/Act.aspx?title=Premarital%20Agreement%20Act (actualizado 1 de junio de 2015). Veáse también, S. C. Mercing, The Uniform Premarital Agreement Act: Survey of its impact in Texas and across the nation, 42 Baylos L. Rev. 825 (1990).

[12] Veáse, A. J. Thomas Oldham, With all my worldly goods I thee endow, or maybe not: A reevaluation of the Uniform Premarital Agreement Act, 19 Duke J. Gender L. & Pol'y 83, 85 (2011).

*Principles of the Law of Family Dissolution*.[13] A ellos me refiero, en adelante, como los *Principios ALI*, al seguir la forma corta con la que la inmensa mayoría de la bibliografía jurídica americana los denomina.[14] Como se detalla más adelante, a ese trabajo del ALI, conjuntamente con la abundante crítica doctrinal de otros juristas, se le atribuye haber puesto de manifiesto la necesidad de revisar aspectos muy importantes de la UPAA.

Cierto es que la UPAA incorpora muchos de los mejores fundamentos de las leyes estatales sobre acuerdos prematrimoniales, al permitir a las partes estipular con un amplio margen de libertad sobre asuntos relacionados con la gestión, administración y disposición del caudal constante matrimonio, así como la liquidación del régimen económico matrimonial por razón de muerte o divorcio o asuntos relativos a la pensión compensatoria[15] para el ex cónyuge. Ha sido fundamental, por ejemplo, que la UPAA requiera que los acuerdos se hagan por escrito, que ambas partes los firmen y que se hagan libre y voluntariamente. También es importante la exigencia de la UPAA de que la pareja tenga conocimiento adecuado del patrimonio y las finanzas de cada cual, o al menos la oportunidad de conocerlas, por lo que si una de las partes oculta u omite esta información, el acuerdo no se hará valer.

No obstante, estos esfuerzos para promover la homogenización de la normativa estatal no han sido del todo exitosos, por lo que no lograron poner fin al debate en cuanto al contenido plausible de los acuerdos y a los efectos de éstos al confrontarse con las realidades del matrimonio, entre otros extremos. Por ello, la UPAA fue objeto de duras críticas durante su vigencia, lo que dio lugar a que se aprobara una nueva versión en el año 2012, conocida con el nombre de Ley Uniforme de Acuerdos Matrimoniales y Prematrimoniales (*Uniform Premarital and Marital Agreements Act*., (*Uniform Premarital Agreement Act*), en adelante *UPMAA*, por sus siglas en inglés.[16] Con el propósito de facilitar el análisis de ambas piezas legislativas, procedo a hacerlo separadamente, abordando primero la normativa que se desarrolló al amparo de la UPAA, o de sus vertientes modificadas, así como del derecho común de los Estados que

[13] American Law Institute, Principles of the law of family dissolution: Analysis and recommendations, Philadelphia, Ed. American Law Institute Publishers, 2002.

[14] Algún autor español ya se ha referido a ellos como "los PFD", por sus siglas en inglés. Véase Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 294. Aunque preferimos usar para ello otra denominación, sí acogemos, salvo que otra cosa se indique, la traducción de los Principios ALI en materia de acuerdos prematrimoniales que publicó ese autor, veáse Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 325.

[15] Optamos por utilizar esta terminología porque es la que usa el derecho español, pero somos conscientes de las diferencias que hay entre una pensión de alimentos y una compensación por razón del desequilibrio económico que causa el divorcio.

[16] Uniform Premarital and Marital Agreements Act (2012).

no adoptaron legislación al respecto. Luego apuntaré brevemente las respuestas que presenta la nueva ley uniforme publicada más recientemente por la *Comisión de Ley Uniforme* y que, como se verá, en respuesta a las deficiencias de la UPAA, trae gran potencial de revivir pujantes debates en el ámbito doctrinal.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los acuerdos prematrimoniales en la normativa estadounidense estatal, cabe decir generalizadamente entonces que están conceptualizados como un contrato que debe cumplir con los requisitos comúnmente exigidos en el ámbito contractual. Esto, sin embargo, hay que matizarlo porque a la misma vez los acuerdos prematrimoniales, así como los pactados constante matrimonio al amparo de los ordenamientos que así lo permiten, han estado sujetos a un escrutinio diferente, que en algunos extremos se distancia de la teoría contractual general para exigir mayores garantías para la validez y eficacia de tales acuerdos. La consecuencia de ello es que la autonomía de la voluntad de las partes está, en ciertos escenarios, limitada por el interés del Estado de proteger determinados principios de política pública en el ámbito de las relaciones matrimoniales. Tal conceptualización se refleja tanto en la normativa jurisprudencial como en la legislativa, si bien queda claro que algunos Estados se han inclinado más que otros hacia la defensa de un espacio amplio para que la pareja individualice su contrato matrimonial con la alteración de los derechos y obligaciones, patrimoniales o personales, que vendrían impuestos por la ley en defecto de pacto.

La UPAA define los acuerdos prematrimoniales como "un acuerdo entre los futuros cónyuges realizado en previsión del matrimonio y para surtir efectos a partir del mismo".[17] Esta definición, sin embargo, no apunta al verdadero alcance que se le ha venido dando a este tipo de acuerdo para permitir que los futuros esposos regulen no sólo sus derechos y obligaciones en caso de divorcio o muerte, sino durante el matrimonio. La idea central que se ha promovido consistentemente es que la UPAA está diseñada principalmente para permitirle a las personas que consideran contraer matrimonio hacer las estipulaciones necesarias para proteger sus bienes, siempre y cuando el acuerdo se haga de manera justa y con entendimiento de su contenido.

Por su parte, los principios ALI proveen una definición más específica de los acuerdos prematrimoniales en cuanto los caracterizan como "… *un acuerdo entre las partes en previsión de un matrimonio que altera o confirma los derechos y obligaciones*

[17] UPAA, *supra*. Salvo que otra cosa se indique, seguimos la traducción de la UPAA publicada por Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 321.

*legales que de otra manera nacerían de estos principios o de la ley que rija la disolución matrimonial*".[18] ANGUITA VILLANUEVA coincide con esta idea, pero recuerda que la preferencia de la voluntad de las partes reflejada en esta definición tiene límites, por lo que esta definición no debe llevarnos a pensar que esa libertad es absoluta. A su juicio a definición de los Principios ALI resulta más amplia que la de la UPAA porque manifiesta claramente el espacio que ha ganado la voluntad de las partes frente a la norma, en cuanto relega la aplicación de ésta a que no haya acuerdo prematrimonial entre las partes y da espacio al "*imperio de lo privado frente al de la ley*":[19]

> "Y es que esa voluntad del redactor de los PFD no sólo aparece en las definiciones del § 7.01, sino que incluso dentro de estas *Disposiciones Preliminares* en la §7.02, referente al "Objetivo" de este Capítulo, vuelve a recordar esta jerarquía: "El objetivo de este Capítulo es permitir a los cónyuges, que pretenden contraer matrimonio, y aquellos que son o pretenden comenzar una relación doméstica asimilable, acomodar sus necesidades y circunstancias particulares mediante un contrato modificando o confirmando los derechos y obligaciones legales que de otro modo nacerían bajo estos principios u otra ley reguladora de la disolución matrimonial, sometido a las limitaciones que establecen las reglas aplicables a la competencia y los límites en la capacidad de las partes para apreciar adecuadamente el impacto de las condiciones del contrato en las diferentes circunstancias de la vida, al tiempo del acuerdo".

Este autor resalta que los Principios ALI atienden sólo parcialmente los acuerdos prematrimoniales en cuanto se refieren exclusivamente a la regulación de sus efectos ante una crisis matrimonial y no abordan el resto de los posibles contenidos que pueden formar parte del acuerdo. [20] En ese sentido se distinguen de la UPAA y ello se entiende porque los Principios ALI sobre este tema están subsumidos en el contexto de la normativa reguladora de la disolución del vínculo familiar. Ello no debe sorprender, sin embargo, pues esa es la esfera de mayores controversias, al menos en comparación con la regulación de la gestión, administración y disposición del patrimonio constante matrimonio u otros asuntos personales alejados de la esfera puramente patrimonial.

En este contexto de la naturaleza de los acuerdos prematrimoniales en la generalidad de la normativa estadounidense cabe resaltar, además, que los principios ALI fueron, en su momento, noveles al extender su ámbito de aplicación conjuntamente

[18] American Law Institute, *op. cit.*, Sección 7.01.1.a., págs. 1051-1054. Salvo que otra cosa se indique, seguimos la traducción de los Principios ALI publicada por Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 325.

[19] Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 295.

[20] American Law Institute, *op. cit.*, pág. 294.

a los acuerdos matrimoniales y de separación, así como a la convivencia de hecho. En ese sentido superaron la crítica que la doctrina le hacía a la UPAA, pero ello no es enteramente sorprendente si se toma en consideración que ésta ya tenía 20 años de vigencia cuando se aprobaron los principios ALI. Estos hubiesen quedado desfasados si al aprobarse en el año 2002 hubieran pretendido limitar su alcance a la normativa estrictamente prematrimonial, cuando ya abundante doctrina reclamaba la unificación con la normativa reguladora del acuerdo matrimonial o *postnuptial agreement*, y su extrapolación a la disolución familiar en el contexto de la convivencia de hecho.

### 3. Normas de validez y eficacia

Las normas desarrolladas para apreciar la validez y eficacia de los acuerdos prematrimoniales se pueden dividir en dos grandes áreas. De un lado están aquellas normas que tienen que ver con los requisitos exigidos al contrato propiamente, bien en su fase de perfeccionamiento y/o en la de su ejecución y, del otro, se ubican las que limitan el ámbito objetivo de los acuerdos en función de las materias que pueden formar parte de los acuerdos. En ambas esferas se pueden identificar normas comunes compartidas por casi la totalidad de los estados, pero con igual contundencia éstos se encuentran divididos en algunos aspectos cruciales. Esto último viene determinado, general y principalmente, por el hecho de si un Estado adoptó o no la UPAA, o por la medida en la que se aleja de sus criterios para exigir criterios más estrictos. Desde una perspectiva macro, el asunto de cuánto debe apartarse la normativa reguladora de los acuerdos prematrimoniales de la teoría general de los contratos es la esencia de la mayor divergencia de criterios.

#### 3.1 Requisitos respecto al contrato

En materia de los requisitos esenciales a la validez del acuerdo prematrimonial hay que comenzar por señalar que no se advierte distanciamiento de la norma general que requiere capacidad para contratar, por lo que en el ámbito de los acuerdos prematrimoniales las partes deben tener capacidad para entender la naturaleza y las consecuencias del negocio jurídico. Así, lógicamente, la formación de un acuerdo válido presupone la capacidad de los contratantes.

### 3.1.1 Forma y contraprestación

Casi todos los estados requieren hoy en día, en materia de forma, el acuerdo escrito para los pactos prematrimoniales. En eso siguen la tradición del *Statute of frauds*, aunque se han permitido muy limitadamente algunas excepciones basadas en el principio de cumplimiento parcial o en el principio de *estopel*.[21] De hecho, algunos Estados exigen mayor formalidad al requerir la presencia de testigos u otras exigencias de notificación, notariales o registrales.[22] La UPAA categóricamente circunscribe su ámbito de aplicación a los contratos formales al requerir la forma escrita y la firma de ambas partes.[23] El artículo 7.04(1) de los Principios ALI también requiere la forma escrita del acuerdo prematrimonial para que sea válida.[24] Sobre el tema de la forma y su relación con el acceso a asesoramiento legal se volverá más adelante al discutir este último asunto.

De igual manera, hay consenso al reconocer la validez de los acuerdos prematrimoniales sin que tenga que mediar contraprestación, norma que también recoge expresamente la UPAA.[25] Pero aun antes de la adopción de esta, la doctrina y el derecho común tradicionalmente entendían que la promesa mutua de contraer matrimonio, y su consecuente celebración, era suficiente contraprestación. A igual resultado se llega al aplicar integradamente el artículo 4 de la UPAA que dispone que la efectividad del acuerdo prematrimonial comience con el matrimonio.[26]

### 3.1.2 Justicia procedimental *vis a vis* justicia sustantiva

Más allá del examen de los requisitos esenciales de los acuerdos prematrimoniales como cualquier otro tipo contractual, lo que provoca mayor discusión en el contexto estadounidense es el enfoque que debe utilizarse para juzgar su carácter

---

[21] Véase In re Marriage of Benson, 7 Rptr 3d 905 (Cal. 2003), aunque fue revocado posteriormente a base de una interpretación particular que entendió que una ley especial impedía la aplicación del *Statute of Frauds.* In re Marriage of Benson, 32 Rptr 3d 471 (Cal. 2005).

[22] Ravdin, *op. cit.*, pág. 15.

[23] UPAA, *supra*, Sec. 2:

Un acuerdo prematrimonial debe constar por escrito y estar firmado por ambas partes. Es eficaz sin necesidad de contraprestación.

[24] American Law Institute, *supra*, Sec. 7.04(1), págs.1067-1069: Un acuerdo no es válido si no se establece en forma escrita firmado por ambas partes.

[25] UPAA, *supra*, Sec. 2.

[26] UPAA, *supra*, Sec. 4: Un acuerdo prematrimonial comienza a ser efectivo con el matrimonio.

vinculante. Concretamente, se debate si solo debe atenderse a requisitos procedimentales particulares que garanticen la validez del acuerdo cuando se otorga, lo que se ha denominado justicia procedimental (*procedural fairness*), o si debe extenderse un tratamiento especial para determinar si el contenido sustantivo del acuerdo resulta justo no sólo al momento de su celebración sino también cuando se exige su cumplimiento, lo que se denomina *justicia sustantiva*.[27] RAVDIN lo resume acertadamente cuando afirma que el marco conceptual para determinar la validez y eficacia de un acuerdo prematrimonial se inserta en estas dos corrientes:

> "Una escuela de pensamiento considera que el acuerdo prematrimonial es un contrato igual que cualquiera otro y por tanto está gobernado estrictamente por los principios contractuales. Se asume que las partes son igualmente capaces de protegerse a sí mismas y en consecuencia están vinculadas a su negociación si el *proceso* que condujo al otorgamiento del acuerdo fue justo. Adherirse al análisis de *justicia procedimental* exclusivamente permitirá generalmente el cumplimiento de un acuerdo que era sustantivamente injusto o leonino cuando se perfeccionó y lo es aún al momento de la muerte o del divorcio. El estándar de *justicia procedimental* atiende los términos sustantivos sólo en una medida limitada. Este es el enfoque asumido por la UPAA y por muchos Estados que no la han adoptado.
>
> En la otra escuela de pensamiento, los tribunales tienen un rol mayor en asegurar un resultado justo. El análisis de *justicia sustantiva* tiene en cuenta si los términos del acuerdo son adecuados y si éste provee justa y razonablemente para el cónyuge económicamente más débil. La *justicia sustantiva* puede examinarse al momento de la perfección del contrato, al de su cumplimiento, o a ambos. El examen de *justicia sustantiva* permite necesariamente un grado de subjetividad judicial al decidir si se valida el acuerdo. Más aún, un estándar de revisión que permite al juez determinar si el acuerdo es justo en atención al momento del cumplimiento permite tomar en consideración eventos ocurridos después del matrimonio aun cuando lo que motiva a las partes a hacer un acuerdo prematrimonial es precisamente evitar el riesgo de las incertidumbres futuras."[28] (énfasis suplido y citas omitidas)

ELLMAN[29] lo plantea de forma un tanto diferente cuando señala que alguna jurisprudencia estadounidense admite que los acuerdos prematrimoniales pueden tratarse de manera distinta a los contratos ordinarios imponiéndole requisitos

[27] Veáse, J. Younger, Antenuptial Agreements, 28 Wm. Mitchell L. Rev 697 (2001).

[28] Ravdin, *op. cit.*, pág. 15.

[29] I. Ellman, Marital agreements and private autonomy in the United States, en Marital agreements and private autonomy in comparative perspective, (Jens M. Scherpe, ed.) Oxford, Ed. Hart Publishing, 2012, pág. 415.

procedimentales particulares o estándares especiales de justicia sustantiva, y que el caso *Button v. Button*[30] representa una vertiente que hace ambas cosas. Esa normativa valida los acuerdos prematrimoniales relacionados con la división de bienes al momento del divorcio sólo si las partes cumplen cuatro requisitos: tuvieron conocimiento de sus respectivos patrimonios, bien de manera independiente o porque se divulgaron la información; el acuerdo fue voluntario; sus términos eran justos al momento de su celebración y es justo aplicarlo al momento del divorcio.

Luego de subrayar que el primer y el segundo requisito son procedimentales y los últimos dos son sustantivos, esta autora resalta que ninguno de ellos se aplica en el ámbito ordinario de los contratos comerciales y que el otro extremo del espectro jurisprudencial está caracterizado por el caso *Simeone v. Simeone*[31], que postula el tratamiento de los acuerdos prematrimoniales como cualquier otro contrato excepto que requiere la divulgación financiera. Asegura que en este extremo se ubica una opinión doctrinal que pocos Estados han seguido y que, del otro lado, la posición asumida en el caso *Button* ha sido abandonada por muchos Estados. Sobre ambos argumentos entonces fundamenta su apreciación de que la mayor parte de los Estados en la actualidad se ubican dentro del espectro que marcan esos dos extremos, pero alejados de estos.[32]

La UPAA, por su parte, aunque sin llegar al extremo de la doctrina *Simeone*, enfatiza en las garantías procedimentales que deben cumplirse para asegurar la validez del contrato prematrimonial como cualquier contrato, evadiendo la consideración de las consecuencias de sus méritos sustantivos y atendiendo a que se cumplan los requisitos de validez al momento de su celebración. En oposición a ello, muchos Estados han adoptado la UPAA con modificaciones que acercan su legislación más a la doctrina *Button*, si bien el Estado de Rhode Island hizo todo lo contrario, pues modificó su versión de la UPAA para seguir abiertamente la postura *Simeone*. Hay que notar, sin embargo, que la versión adoptada en Rhode Island elimina el requisito de voluntariedad como una base separada para declarar la invalidez del acuerdo y que la parte que lo cuestiona tiene que demostrar que fue involuntario y leonino, que no se divulgaron los activos del otro cónyuge ni se renunció a ello, y que la parte impugnante no tuvo

[30] Button v. Button, 388 NW 2d 546 (Wis. 1986). Véase también Blige v. Blige, 656 SE 2d 822 (Ga. 2008).

[31] Simeone v. Simeone, 581 A.2d 162 (Pa. 1990).

[32] Ellman, *op. cit.*, pág. 415.

conocimiento de las finanzas de su cónyuge. Además, todo ello tiene que demostrarse con evidencia *clara y contundente*, lo que constituye un estándar probatorio que rara vez aplica en la teoría contractual ordinaria.[33]

Las críticas a la visión recogida en la UPAA han sido consecuentes en apuntar que su adopción se aparta del derecho común de algunos Estados a costa de promover a ultranza la uniformidad a nivel estatal, además de que subestima otras políticas como la protección del cónyuge económicamente vulnerable.[34] Invariablemente la discusión pone de manifiesto el inevitable choque entre las consideraciones de política pública que reclaman un trato diferenciado de la normativa reguladora de las relaciones matrimoniales con el importantísimo valor que merece la libertad de contratación entre cónyuges que son iguales ante la ley. Para una parte de la doctrina el enfoque de la UPAA puede parecer incluso contradictorio, en cuanto da protagonismo a conceptos y doctrinas propias de la teoría contractual ordinaria, como la protección de la voluntariedad y la posibilidad de invalidar la contratación inescrupulosa, desproporcionada o leonina, a la misma vez que adopta el requisito de divulgación de información financiera, fundamentado éste en la creencia de una relación fiduciaria entre los esposos, lo cual resulta ser una idea central de la conceptualización institucional del matrimonio como una comunidad de vida.[35]

Pese a estas preocupaciones la mayoría de los Estados, tanto en su legislación como en su jurisprudencia, ha optado por privilegiar la libertad de contratación y la necesidad de que las partes puedan confiar en que se validará la eficacia de sus

---

[33] Ellman, *op. cit.*, pág. 416. Véase también Marsocci v. Marsocci, 911 A.2d 690 (RI. 2006).

[34] B. Atwood, Ten years later: Lingering concerns about the Uniform Premarital agreement Act, 19 J. Legis. 127 (1993). Véase K. Silbaugh, Marriage contracts and the family economy, 93 N. W. Univ. Law. Rev. 65 (1998); GF Brod, Premarital Agreements and Gender Justice, 6 Yale J. Law. And Fem. 229, 295 (1994).

[35] En este sentido, The Law of Marriage and Family, Marriage as contract and marriage as partnership: The future of antenuptial agreement law, 116 Harv. L. Rev. 2075, 2081 (2003). Anguita Villanueva traduce así la citada publicación de la *Harvard Law Review*, como parte de su sección *Developments of the Law*: "Los Estados que han adoptado la UPAA se han concentrado en el momento de la perfección del acuerdo y han prestado su atención en una variación de la noción contractual de abuso de la posición de dominio por una de las partes. Algunos Estados adheridos a la UPAA, sin embargo, han aprobado versiones modificadas de la UPAA que prevén una revisión del abuso de posición en el momento de la perfección. Otros Estados menos centrados en la naturaleza contractual de la relación y en la eficacia de las disposiciones de los acuerdos prematrimoniales solamente las van a admitir si son adecuadamente justas al tiempo del divorcio, con la mirada puesta en las circunstancias que hayan cambiado durante el matrimonio y que podrían haber introducido alguna injusticia. Sin embargo otros Estados niegan la eficacia de los acuerdos antenupciales sobre pensiones alimenticias. Si bien los Estados que caen dentro de este ámbito en la práctica su aplicación es menos importante: con independencia del nivel de examen empleado, los tribunales estatales admiten la eficacia de los acuerdos antenupciales" (citas omitidas). Anguita Villanueva, *op. cit*., pág. 292.

acuerdos, aun si para ello tienen que abstenerse de apreciar si es justo el resultado sustantivo al que conducen.[36] Más aún, algunos tribunales han establecido expresamente que el propósito principal del acuerdo prematrimonial es precisamente modificar o reducir la discreción judicial al momento de la disolución matrimonial y sustituir la intervención del juez con lo estipulado en el acuerdo, por lo que éste no está facultado para ignorar el pacto o restarle efectividad. Esta visión parte también de la premisa de que la normativa legislativa que establece determinado régimen legal opera supletoriamente, en defecto de pacto, y no para desplazar los acuerdos prematrimoniales, por lo que aboga por la validez y eficacia de los acuerdos válidamente perfeccionados.

En resumen, se aprecia que las divergencias de criterio en cuanto al régimen jurídico en el que deben enmarcarse los acuerdos prematrimoniales llevan consecuentemente a una valoración distinta de los elementos que deben ser determinantes al examinar su validez y eficacia. No parece haber duda, sin embargo, de que en cualquier escenario la preocupación principal es examinar si el acuerdo se extralimita a causa del abuso de poder o el engaño de una parte en contraposición a la desinformación o el desconocimiento de la otra, el llamado *risk of overreaching*. Tal inquietud no es exclusiva del derecho estadounidense, pues se observa que su justificación está basada, en gran medida, y al igual que en otros países, en la idea que atribuye carácter fiduciario a la relación de los cónyuges. También hay que tener presente que históricamente los tribunales estadounidenses han estado más sensitivos a los cuestionamientos de validez y eficacia de un contrato prenupcial por parte de la esposa, porque tales casos se han dado en el contexto más tradicional de la mujer que depende económicamente de su marido o que tiene menos conocimiento o información sobre asuntos financieros. En la medida en que las premisas en las que se basa esa apreciación han variado, conjuntamente con otros rasgos de la relación matrimonial, los tribunales se encuentran cada vez más frecuentemente con casos en los que no es sólo la mujer la que renuncia a sus derechos o los limita. A ello se le atribuye, en parte, los cambios que experimentó la doctrina hacia una tendencia que interpreta los acuerdos

[36] Véase, por ejemplo, el caso Hannon v. Hannon, 740 So. 2d 1181 (4to Cir, 1999), en el que el tribunal analiza la validez del acuerdo a base de si se perfeccionó correctamente sin entrar a considerar si era justo su contenido.

matrimoniales según sus propios términos aún en el escenario de que tengan consecuencias adversas significativas al momento de hacerlos cumplir.[37]

La diferencia fundamental entonces gira en torno a si ese examen debe atender únicamente al tiempo de la celebración del contrato o si, por el contrario, debe también incluir el análisis del efecto que tienen esas circunstancias en el resultado concreto al que se llega al exigir el cumplimiento en el escenario de la crisis matrimonial. Los elementos principales que se discuten en el derecho estatal en ese contexto giran en torno a la voluntariedad del consentimiento, la divulgación de la información financiera y la razonabilidad de los términos sustantivos del acuerdo, si bien persisten las diferencias en cuanto al momento en el que debe centrarse el análisis. Para facilitar el resumen de la normativa desarrollada en torno a los distintos factores de validez comúnmente examinados seguimos las dos categorías generalizadas en las que se bifurca la normativa estatal.

### A. Garantías procedimentales para asegurar un consentimiento informado

En este contexto la discusión se centra en examinar si el proceso o trámite que llevó a la formación del contrato fue justo para las partes, y tal examen tiene necesariamente que comenzar por el requisito indispensable de la manifestación de la voluntad para adherirse al acuerdo. Al igual que en el ámbito contractual general, tiene que tratarse de un consentimiento no viciado. La pregunta importante sin embargo es si ese cuestionamiento se somete a la doctrina general de los vicios del consentimiento o si se pretende una aplicación particular como factor determinante en la evaluación de la *justicia procedimental* del acuerdo.

La UPAA establece expresamente el requisito de consentimiento voluntario para la validez del acuerdo prematrimonial, si bien no lo define, y pone el peso de la prueba en el cónyuge que lo impugna. Por la importancia que tiene su Artículo 6 como precepto clave en el contexto de los factores que determinan la eficacia de los acuerdos, se transcribe íntegramente a continuación:

[37] M. Frumkes y C. Tisoal, Probable problematic pitfalls in preparing prenuptial agreements, 79 APR Fl B. J. 37 (2005).

> Artículo 6. Eficacia.[38]
>
> (a) Un acuerdo no es eficaz si la parte contra la que se esgrime la ejecución demuestra que:
>
> (1) la parte no realizó el acuerdo voluntariamente; o
>
> (2) el acuerdo fue leonino y, antes de la ejecución del acuerdo, aquella parte:
>
> (i) no recibió justa y razonable información del patrimonio y obligaciones de la otra parte;
>
> (ii) no lo hizo voluntariamente y con renuncia expresa, por escrito, a cualquier derecho a divulgar el patrimonio o las obligaciones financieras de la otra parte más allá de la información proporcionada;
>
> (iii) no tenía, o razonablemente no podía haber tenido, un conocimiento adecuado del patrimonio y las obligaciones financieras de la otra parte.
>
> (b) Si una cláusula del acuerdo prematrimonial modifica o elimina la pensión compensatoria de los cónyuges y esta modificación o eliminación causa a una parte del acuerdo un perjuicio tal que le haría estar incurso en las condiciones para ser beneficiario de una ayuda dentro de un programa de asistencia pública al tiempo de la separación o disolución matrimonial, un tribunal, con independencia de los términos del acuerdo, puede requerir a la otra parte a proveer del sustento necesario para evitar que dicha parte se encuentre en estas condiciones.
>
> c) Un asunto de cláusula leonina en un acuerdo prematrimonial deberá ser decidido por el tribunal como una cuestión de derecho.

Nótese que la UPAA no ofrece explicación alguna del requisito de voluntariedad o de su contenido, más allá de exigirlo. Eso, unido al hecho de que tanto la jurisprudencia que la sigue como el derecho común anterior a su aprobación es en ese respecto, cuando menos inconsistente, ha llevado a algunos juristas a escudriñar los debates de los autores de la UPAA para interpretar el verdadero significado que se le quiso dar al requisito de voluntariedad en ese contexto.

Así por ejemplo, ELLMAN[39] apunta que lo primero que debe tenerse en cuenta es que ese debate se dio en un contexto en el que el Comité redactor defendía una propuesta que limitaba severamente la posibilidad de un cónyuge de impugnar la eficacia de un acuerdo fundamentándose en que su cumplimiento resulta leonino o abusivo *(unconscionable*). Explica que una mayoría muy cerrada finalmente consiguió aprobar el lenguaje de esa propuesta justificando la eliminación de la defensa de

[38] UPAA, *supra*, Sec. 6 (según reproducido y traducido en Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 294).

[39] Ellman, *op. cit.*, pág. 416.

desproporción con las garantías de que el requisito de voluntariedad de todas maneras impediría la eficacia de contratos cuestionables como los que le preocupaban a los opositores a esa visión. Para esa autora es importante que los redactores dijeran, por ejemplo, que las partes podían contar con el requisito de voluntariedad para negarle eficacia a los acuerdos prematrimoniales cuyos efectos no entendieron o a un acuerdo leonino firmado por una joven embarazada porque el padre de la criatura condicionó a ello su matrimonio.

Así, la autora estima que el historial legislativo, tomado conjuntamente con la discusión generada jurisprudencialmente y el principio hermenéutico que desfavorece la inclusión de un término a menos que se pretendiera añadir algo diferente a los requisitos normalmente exigidos para la eficacia de un contrato, imponen a los acuerdos prematrimoniales un requisito de voluntariedad que va más allá de lo que requiere la doctrina contractual general para satisfacer el requisito de consentimiento válido. Afirma, además que esa es la visión ampliamente aceptada por las autoridades estadounidenses, con la excepción ya antes mencionada del Estado de Pensilvania, consagrada en el caso *Simeone*.

RAVDIN,[40] de otra parte, afirma tajantemente que a la luz de la UPAA el elemento esencial de un acuerdo prematrimonial válido es que sea voluntario, sin más, siendo opcional la divulgación financiera, a la que pueden, incluso, renunciar las partes siempre que lo hagan expresa y voluntariamente. Por lo que, aun un acuerdo que se considere desproporcionado o leonino al momento de su celebración será eficaz si fue otorgado voluntariamente y la parte que reclama su cumplimiento divulgó, en efecto, su información financiera, o su cónyuge expresa y voluntariamente renunció a ello. Advierte, sin embargo que el acuerdo prematrimonial ejecutado voluntariamente será ineficaz si era desproporcionado o leonino al momento de su celebración y no hubo divulgación financiera o renuncia voluntaria y expresa de ésta. También entiende que la UPAA no condiciona la validez de un acuerdo prematrimonial a que haya representación legal independiente, si bien le reconoce a ello ser un factor que con frecuencia los tribunales examinan al evaluar si hubo consentimiento válido.

Parece claro que pueden coincidir varios factores que afecten la determinación sobre consentimiento viciado, pero algunos son particularmente importantes en el contexto de la celebración de un acuerdo prematrimonial. Entre los factores que los

[40] Ravdin, *op. cit.*, pág. 22.

tribunales han tomado en cuenta para determinar si el consentimiento fue voluntario se cuentan los siguientes: si la parte más débil recibió orientación legal independiente o tuvo la oportunidad para recibirla; si la parte económicamente dominante divulgó adecuadamente sus finanzas; si la parte en desventaja tuvo oportunidad de negociar algunas cláusulas; si las partes, directamente o por conducto de abogado, en efecto negociaron y ello provocó que la parte económicamente más fuerte hiciera cambios; si el acuerdo se presentó sin advertencia previa; el nivel de educación e inteligencia de las partes; la experiencia previa de las partes, especialmente en procesos de divorcio, de partición de una herencia o en un negocio o profesión; el poder de negociación de las partes en relación con sus recursos económicos, edad, sofisticación, educación, empleo y experiencia; si la parte en desventaja recibió consejo u orientación de cualquier tipo de otra fuente; si cada parte tuvo tiempo de examinar adecuadamente el acuerdo; si las partes entendieron los términos del acuerdo y, por último, si las partes entendían a cabalidad los derechos maritales que tendrían en defecto de pactar el acuerdo prematrimonial.[41]

Alabama, Maryland, Pensilvania, Ohio, Oklahoma, Washington y Wyoming son Estados que no han adoptado la UPAA, pero tienen requisitos de consentimiento válido similares a ésta, por lo que atienden también al examen de las circunstancias que pueden haber viciado el consentimiento de una de las partes al momento de la perfección del contrato y exigen que sus términos no fueran leoninos en ese momento, o que hubiera mediado la adecuada divulgación de la situación financiera de la parte proponente. De hecho, RAVDIN subraya que hay Estados en los que se permite acceder voluntariamente a acuerdos prematrimoniales desfavorables para una parte, incluso leoninos para ésta, siempre y cuando haya mediado divulgación financiera adecuada, al igual que se ha permitido que las partes renuncien a la divulgación de información financiera si el acuerdo protege adecuadamente a la parte más vulnerable económicamente.[42]

Si bien la norma mayoritaria es que los acuerdos prematrimoniales son válidos si el proceso que culminó en su ejecución fue justo y adecuado, en términos similares a los dispuestos en la UPAA, hay Estados como Tennessee, Colorado y New York que con un lenguaje diferente en su legislación se enfocan únicamente en los requisitos generales que satisfacen el criterio de consentimiento válido. En el estado de Nueva

[41] *Íd*. Pág. 35.

[42] Ravdin, *op. cit.*, pág. 22.

York, por ejemplo, la ley no requiere nada más allá de lo que exige a cualquier otro contrato que se presume válido en ausencia de fraude, así como tampoco requiere divulgación financiera ni en modo alguno que sus términos sustantivos sean justos o proporcionales.[43] En ese respecto es representativo de los tribunales que han rechazado seguir aplicando la idea tradicional de que los futuros cónyuges tienen mutuamente obligaciones fiduciarias y someten a los contratos prematrimoniales al tratamiento jurídico que le dan a cualquier otro contrato.

El caso del famoso pelotero Barry Bonds, resuelto por el Tribunal Supremo de California, es muy representativo en ese contexto porque afirma que la UPAA no prevé que el requisito de voluntariedad de un acuerdo prematrimonial tenga que examinarse a la luz de la existencia de obligaciones fiduciarias entre las partes.[44] De hecho, en dicho caso se validó la eficacia de un acuerdo prematrimonial presentado a la futura esposa para su firma unas horas antes de que se trasladaran a la ciudad de Las Vegas para la celebración de la ceremonia matrimonial. Al analizar la decisión, algún autor[45] le atribuye representar el análisis judicial más elaborado del significado del requisito de consentimiento voluntario en la UPAA:

> "Al examinar los casos citados en los debates de los Comisionados, *Bonds* concluye que 'la voluntariedad de un acuerdo prematrimonial puede depender en parte de si se accedió al acuerdo con conocimiento, en el sentido de que las partes entendieron los términos o efectos básicos del acuerdo.' Como es difícil saber qué realmente una persona entendió, este requisito tiende a ser redefinido como salvaguardas procedimentales que aseguren que la parte tuvo toda la oportunidad de entenderlo: por ejemplo, fue la parte asesorada por un abogado independiente, hubo divulgación de activos, y se proveyó una explicación adecuada del significado del acuerdo? Una segunda vertiente que *Bonds* encuentra en los casos sobre voluntariedad refleja la visión de algunos de los Comisionados redactores de que el requisito de voluntariedad tiene que ver con casos de opresión, de los cuales la joven novia embarazada es sólo un ejemplo. Algunos tribunales consideran que este aspecto de la norma requiere que las partes

[43] Ravdin, *op. cit.*, pág. 23. Excepción hecha de lo referido al sustento del excónyuge, como se verá más adelante. New York Domestic Relation Law § 236 (B)(3) (2010). Panossian v. Panossian, 569 N.Y.S. 2d 182 (NY. 1991). La ley de Tennessee exige que el acuerdo prematrimonial se ejecute libremente, con conocimiento, de buena fe y sin que medie intimidación, coacción o influencia indebida, Tenn. Code Ann. Sec. 36-3-501 (1980). La ley de Colorado sólo requiere voluntariedad y adecuada divulgación como requisitos generales de validez y no establece requisito de justicia sustantiva del contenido del acuerdo, ni al momento de su formación ni cuando se exige su cumplimiento. Colo. Rev. Stat. Sec. 14-2-307 (2013).

[44] Bonds v. Bonds, 5 P. 3d 815 (Cal. 2000).

[45] Ellman, *op. cit.*, pág. 417.

> tengan 'una oportunidad significativa', pero esto no ayuda mucho. La víctima de un robo a mano armada hace una muy significativa elección cuando le dicen 'su dinero o su vida', y muy probablemente prefiere tener esa opción, que no tenerla. No podemos esperar tampoco que un tribunal escudriñe el alma de la parte otorgante para determinar si su libre voluntad estaba entonces intacta." (citas omitidas)

Con posterioridad a la sentencia del caso *Bonds* la legislatura del Estado de California enmendó su versión de la UPAA en el año 2009 para aumentar los requisitos procedimentales que salvaguarden un consentimiento válido, exigiendo los siguientes requisitos específicos:[46] (1) esa parte tiene que estar representada por un abogado independiente o tiene que haber sido advertida de ese derecho y haberlo renunciado en documento firmado separado y firmado (2) tienen que transcurrir al menos siete días entre el momento en el que esa parte recibió el acuerdo y la notificación de su derecho a tener asesoramiento legal independiente y el momento en el que se celebra el contrato (3) una parte que no esté representada por abogado tiene que ser debidamente notificada por escrito de los términos del acuerdo y de los derechos a los que renuncia. La ley exige además que esa parte conozca el idioma del acuerdo y de la explicación de los derechos, que acuse recibo escrito del asesoramiento recibido y de la identidad de la persona que lo proveyó. Sin embargo, ya se ha resuelto que el requisito que establece la regla del término de los siete días aplica solamente si esa parte no está representada por abogado al momento de recibir la propuesta de acuerdo.[47]

Los Principios ALI entran a escena con su promulgación en el año 2002, casi dos décadas después de la aprobación de la UPAA, y sus redactores se sirvieron de la experiencia de los Estados en la aplicación e interpretación de ésta para formular su propuesta, así como también de los desarrollos habidos en el derecho común de los Estados que no la adoptaron o que lo hicieron con modificaciones. Así, parten de la premisa de que la vaguedad del requisito de la UPAA ha dado lugar a que se interprete

[46] Cal. Fam. Code, Sec. 1615 (c) (1994). Otros tres Estados se cuentan entre los que adoptaron una versión modificada de la UPAA con mayores requisitos procesales para asegurar la validez de los acuerdos prematrimoniales. Así por ejemplo, la ley de Connecticut exige, además de que el acuerdo se haga voluntariamente, que medie divulgación financiera previa de cada parte y asesoría legal independiente. Conn. Gen. Stat. Sec. 46b-36g (1995). New Jersey también exige divulgación mutua, a la que se acepta renuncia expresa; o consejería legal independiente, que también puede renunciarse si se hace expresamente. NJ Stat. Ann. Sec. 37:2 (2006). Arkansas, por su parte, exige que en efecto haya mediado asesoramiento legal independiente para validar una renuncia al derecho a divulgación previa. Ark. Code Ann. Sec. 9-11-406 (a)(2)(ii) (1997).

[47] In re Marriage of Caldwell-Faso, 191 Cal. App. 4th 945 (Cal. 2011).

que el requisito de voluntariedad se aplica negándole eficacia a los acuerdos prematrimoniales logrados a base de maneras impropias de negociación. Por ello concluyen que el requisito de voluntariedad en ese contexto establece un estándar diferente para los acuerdos prematrimoniales en comparación con los acuerdos comerciales, en los que ciertamente hay mayor margen para negociaciones agresivas o cargadas a favor de una parte, que podrían considerarse inaceptables entre los futuros cónyuges.

Sin embargo, conscientes de las dificultades que presenta adjudicar si la negociación de un acuerdo prematrimonial fue apropiada o no en determinadas circunstancias, los Principios ALI evitan usar el término "voluntario" y utilizan un enfoque diferente que pretende garantizar la voluntariedad del acuerdo prematrimonial exigiendo requisitos procedimentales específicos, previstos principalmente en la sección 7.04 que, por su importancia, citamos íntegramente a continuación:[48]

> **§ 7.04 Requisitos procedimentales.**
>
> (1) Un acuerdo no es válido si no se establece en forma escrita firmado por ambas partes.
>
> (2) La parte que busque aplicar un acuerdo deberá demostrar que el consentimiento de la otra parte fue informado y no fue obtenido mediante coacción.
>
> (3) Un acuerdo prematrimonial se presumirá que cumple los requisitos del Parágrafo (2) cuando la parte que busque su validez demuestre que
>
> (a) Fue celebrado al menos con 30 días de antelación al matrimonio.
>
> (b) A ambas partes se les aconsejó obtener asesoramiento jurídico independiente, y tuvieron la oportunidad razonable de hacerlo antes de la perfección del acuerdo; y
>
> (c) en el supuesto de que los acuerdos se hayan celebrado sin el asesoramiento jurídico independiente para cada una de las partes, que el acuerdo esté redactado en un lenguaje fácilmente comprensible por un adulto de una inteligencia ordinaria sin formación jurídica,
>
> (i) la naturaleza de cualesquiera de los derechos o reclamaciones que de otro modo surjan a la disolución que son alterados por el contrato, y la naturaleza de tal alteración, y
>
> (ii) que los intereses de los esposos respecto del acuerdo puedan ser perjudiciales.
>
> (4) Un acuerdo matrimonial, o un acuerdo entre los miembros de una pareja de hecho,

[48] American Law Institute, op. cit., Sec. 7.04, págs. 1067-1083. Véase B. Bix, The ALI principles and agreements: Seeking a balance between status and contracts, en Reconceiving the family: Critical Reflections on the American Law Institute's Principles of the law of family dissolution, (R.F. Wilson, ed.) Cambridge, Ed. Cambridge University Press, 2006, pág. 272.

(a) se presumirá que cumple los requisitos del Parágrafo (2) cuando la parte que busque su validez demuestre que cumple con los Parágrafos (3)(b) y (3)(c), pero

(b) es inválido si cualquiera de las partes rescinde el acuerdo mediante un escrito entregado a la otra dentro de los 30 días siguientes a su celebración, salvo que, si la otra parte previamente se desprendió de algo de valor en virtud del acuerdo. En este caso la parte que pretende la rescisión del acuerdo debe restituir inmediatamente después de la solicitud de rescisión la cosa, o la rescisión será ineficaz.

(5) Para que tengan efecto las cláusulas del acuerdo que limitan las pretensiones de realizar pagos compensatorios por una de las partes, o de deber compartir en régimen de comunidad matrimonial, la parte que alegue el pacto limitativo debe demostrar que antes de la celebración del acuerdo la otra parte conocía, al menos aproximadamente, sus activos e ingresos, o le fueron proporcionados mediante una declaración escrita conteniendo esa información. La regla general enunciada en el párrafo anterior será satisfecha siempre que se aporte una prueba de que antes de firmar el acuerdo la parte que busque su eficacia provea a la otra parte de una lista escrita realizada con precisión que contenga (i) sus activos más importantes, y su valor de mercado total aproximado, (ii) sus ingresos anuales aproximados de los últimos tres años y (iii) cualquier adquisición futura importante, o cambios en los ingresos, para el cual la parte tiene un título legal actual, o por el que la parte prevea realizar dentro de los tres años siguientes a la ejecución del acuerdo.

(6) A la terminación de su relación, un acuerdo escrito entre las parejas de hecho limitando los remedios disponibles conforme al Capítulo 6, el cual es válido conforme a los principios generales aplicables al derecho de contratos, no es ineficaz por no cumplir con cualquier requisito adicional de esta sección, si las partes no han tenido hijos en común y se solicita su ejecución en el plazo de cinco años de la celebración del acuerdo.

Nótese antes que todo que esta sección pone el peso de la prueba en el cónyuge que reclama el cumplimiento del acuerdo prematrimonial y le exige demostrar afirmativamente que el otro cónyuge prestó un consentimiento informado y libre de coacción o intimidación. Sin embargo, favorece al proponente con una presunción rebatible de que ha descargado adecuadamente su peso probatorio si demuestra que transcurrieron más de 30 días entre la celebración del contrato y el casamiento; y que ambas partes tuvieron una oportunidad razonable de obtener asesoramiento legal independiente. En caso de que el acuerdo se haya realizado sin representación legal para alguna de las partes, el proponente deberá demostrar además que el lenguaje del contenido del acuerdo, así como sus implicaciones en el escenario de la disolución matrimonial, es fácilmente entendible por un adulto lego.

Queda claro que los redactores de los Principios ALI buscaban atender directamente las preocupaciones que la vaguedad del requisito de voluntariedad de la UPAA atiende sólo indirectamente, por lo que estaban más enfocados en garantizar que las partes tuvieron una oportunidad adecuada de entender el contenido sustantivo del acuerdo, y sus implicaciones legales, y que tuvieron una oportunidad razonable de decidir si obtendrían asesoramiento legal independiente para ello. De hecho, aún si no se cumplen esos requisitos, la parte que exige el cumplimiento del acuerdo prematrimonial podría prevalecer pero sólo si descarga adecuadamente el peso de probar que hubo consentimiento informado y libre de coacción o intimidación. En ese contexto se considera crucial el tiempo transcurrido entre la otorgación del contrato y la celebración del matrimonio, por lo que, aunque sin llegar a requerir absolutamente un tiempo mínimo, la norma ALI incentiva afirmativamente que transcurran por lo menos treinta días entre un evento y otro pues ello contribuye a activar la presunción a favor de la eficacia del acuerdo.[49]

### 1. Divulgación mutua de información financiera

Otro aspecto crucial en el contexto de las garantías procedimentales exigidas a los acuerdos prematrimoniales es la necesidad de que medie divulgación de las condiciones financieras de las partes. En esto coinciden alguna parte de la casuística estatal anterior a la aprobación de la UPAA y los Principios ALI, y aun la extrema doctrina *Simeone* que, si bien trata los acuerdos prematrimoniales como cualquier otro contrato, requiere sin embargo una completa y justa divulgación de la posición financiera de los futuros cónyuges para que sean eficaces. Algún autor resume la importancia de una adecuada divulgación en estos términos:

> "La divulgación ayuda a demostrar que el consentimiento dado al acuerdo fue uno informado, lo que constituye una parte importante del requisito de voluntariedad, y la ocultación de los activos de una parte con

[49] Ellman, *op. cit.*, pág. 419. Sobre los acuerdos presentados en fecha cercana al casamiento, se ha acogido con aprobación el comentario de los redactores de los Principios ALI, cuando expresaron que un contrato presentado por primera vez en vísperas de la boda:

> "… implica nuevos términos que una parte insiste en añadir al acuerdo para contraer matrimonio al que ya se había llegado y que se había ejecutado parcialmente… Los acuerdos premaritales raramente se proponen de manera impulsiva. Usualmente estos son planificados. La parte que quiere el acuerdo típicamente contrata un abogado para que lo redacte. De ordinario no hay razón por la cual este proceso no pueda comenzar con suficiente antelación para que se complete con un mes de anticipación al casamiento".

> el objetivo de desinformar al otro cónyuge puede considerarse como el tipo de táctica de negociación que la norma ha querido impedir. La sección 7.04 (5) de los Principios ALI requiere que la persona que reclama el cumplimiento de un acuerdo limitativo de los reclamos financieros de la otra parte al momento de la disolución pruebe que antes de la celebración del acuerdo, él o ella divulgó sus ingresos y activos a la otra parte, o que tal divulgación era innecesaria porque la otra parte ya los conocía, al menos aproximadamente." [50]

Como se señaló antes, al amparo de la UPAA la divulgación financiera es opcional, pues las partes pueden renunciar a ella de manera escrita, expresa y voluntariamente.[51] Por ello es posible que aun un acuerdo que resulte leonino o desproporcionado al momento de su celebración sea eficaz, si fue otorgado voluntariamente y la parte que reclama su cumplimiento divulgó, en efecto, su información financiera, o medió renuncia expresa y voluntaria del cónyuge afectado. Así, el acuerdo prematrimonial ejecutado voluntariamente será ineficaz sólo si era leonino al momento de su celebración y no hubo divulgación financiera ni renuncia voluntaria y expresa a ésta.[52]

Esta postura de la UPAA en materia de divulgación de información financiera le ha valido una incisiva crítica que se resume como sigue:[53]

> "El tratamiento que da la Ley Uniforme de Acuerdos Prematrimoniales al requisito de divulgación es por lo tanto un cambio desconcertante en el Derecho, y una razón para criticar la Ley. La UPAA permite a las partes renunciar a su derecho a la divulgación. También requiere al cónyuge que objeta el acuerdo por falta de divulgación que pruebe una negativa: que él o ella 'no tuvo, o razonablemente no pudo haber tenido, un conocimiento adecuado de las obligaciones patrimoniales o financieras de la otra parte.' Más importante aún, la UPAA tiene una disposición particular que ata la falta de divulgación a la desproporción: el

[50] Ellman, *op. cit.*, pág. 420.

[51] Incluso, algunos tribunales de Estados que no han adoptado la UPAA han validado una renuncia implícita total o parcial a la divulgación en algunas circunstancias. Algunos de éstas son: (1) que una de las partes haya tenido ante sí información parcial y no haya reclamado mayores detalles aun conociendo ciertos hechos que lo ameritaban (Véase Reece v. Eliott, 208 S.W.3d 419 (Tenn. 2006), en el que una viuda solicita que se divulgue mayor información sobre los activos de su difunto marido y el tribunal rechaza esta petición porque entender que ella había renunciado voluntariamente a ello al firmar el acuerdo prematrimonial. (2) Que una de las partes no haya solicitado una tasación más precisa de los bienes. (3) Que una parte rehúse leer el acuerdo. (4) Que ninguna de las partes divulgó nada. (Véase In re Marriage of Ross, 670 P.2d 26 (Colo. 1983), en el que ninguna de las partes divulgó nada de sus activos o bienes y se validó como una renuncia implícita a la divulgación. (5) Cuando la parte que impugna la validez fue quien procuró que se hiciera el acuerdo prematrimonial para proteger sus bienes frente a la parte económicamente más débil. (Véase In re Estate of White, 718 S.W. 2d 185 (Mo.1986). Ravdin, *op. cit.*, pág. 64.

[52] Chaplain v. Chaplain, 682 S.E. 2d. 108 (Va. 2009); Parr v. Parr, 635 N.E.2d 1124 (In. 1994).

[53] Ellman, *op. cit.*, pág. 420.

> cónyuge impugnante tiene que probar *ambas* para impedir la eficacia de un acuerdo; ni la ausencia de divulgación ni la desproporción afectarán por sí solas la validez del acuerdo. De hecho, el precepto sobre renuncia en la §6(a)(2)(ii) de la UPAA crea la asombrosa posibilidad de que un acuerdo injustamente desproporcionado pueda ser exigible contra una parte que estuvo desinformada porque él o ella *renunció* a la divulgación, porque habiendo perdido la objeción de falta de divulgación, él o ella necesariamente pierde la objeción por desproporción. Para la mayoría de los Estados adoptantes de la UPAA, esta disposición constituye un cambio significativo en su Derecho, posiblemente un cambio que la legislatura puede no haber notado a menos que su importancia haya sido traída a su atención." (citas omitidas)[54]

En agudo contraste con esta postura adoptada en la UPAA, el antes citado texto de la sección §7.04(5) de los Principios ALI distingue entre los acuerdos prematrimoniales dirigidos a mantener la naturaleza privativa del patrimonio de un cónyuge de aquellos otros acuerdos prematrimoniales, o parte de éstos, cuyo objetivo es limitar o eliminar los derechos que pueda tener un cónyuge a reclamar alguna pensión compensatoria o alguna participación en un patrimonio que en defecto de pacto sería propiedad conyugal. A estos últimos les condiciona su eficacia a que haya mediado una efectiva divulgación financiera entre las partes.

En cuanto al alcance que debe tener la divulgación financiera, la normativa estatal tampoco es uniforme, pero sí sigue un hilo conductor que exige que la divulgación de información relevante sea "justa y completa" o "justa y adecuada", que incluya generalmente las fuentes de ingresos y sus cantidades, así como los activos y pasivos de los caudales respectivos, y que la responsabilidad de divulgar tiene que cumplirla la parte que invoca la validez del acuerdo, por lo que a la otra parte no se le requiere que haga una investigación.[55] No hay duda de que el objetivo que se persigue

[54] Ellman, *op. cit.*, pág. 421. De hecho, esta misma autora señala que incluso podría haber razón para dudar que los Comisionados mismos hayan entendido que podría arrojar ese cambio. Basa su afirmación en que el comentario oficial a la sección 6 de la UPAA cita con aprobación un conocido caso que es totalmente contradictorio con lo que dispone este precepto. Se trata del caso Del Vecchio v. Del Vecchio, 143 So 2d 17 (Fla. 1962) que en efecto requiere divulgación, invalida su renuncia, y no permite que la divulgación valide un contrato que es a su vez abusivo o patentemente desproporcionado. De todas formas, también abona a esa postura el hecho de que Connecticut, New Jersey e Iowa han adoptado la UPAA con un lenguaje modificado para evitar que se entienda que la divulgación puede ser renunciada y para preservarla como requisito separado de la defensa de desproporción o abuso de poder. Así también el estado de Nevada cambió el lenguaje de la UPAA y las mantiene como dos bases separadas para cuestionar la eficacia de un acuerdo matrimonial; Arkansas le niega validez a la renuncia a la divulgación de información que haga una parte sin asesoramiento legal.

[55] Ravdin, *op. cit.*, pág. 54.

es que haya la mayor transparencia posible para que las partes tomen decisiones informadas sobre si consienten o no a un acuerdo que posiblemente limita sus derechos.

Se han reconocido múltiples formas de divulgar la información financiera: (1) Declaración escrita, desglosada y detallada, considerada la mejor evidencia de divulgación porque presenta los activos y las deudas más importantes, sus valores y las fuentes y cantidades de ingresos, y aunque típicamente se aneja al acuerdo, ello no necesariamente es prerrequisito de validez; (2) Declaración escrita de capital e ingresos netos sin desglosar; (3) Récords financieros reales y otra información general que una parte provee para demostrar el valor y existencia de sus activos e ingresos, puede proveerse en forma de estados de cuenta, solicitudes de préstamos, declaración de la renta, etc.; (4) Intercambio verbal de información entre las partes, sin perjuicio de los problemas probatorios que ello puede implicar; (5) Conocimiento previo de la situación financiera de las partes, pero ha de ser real, no constructivo o supuesto, aunque puede ser informal, y (6) Afirmar en el acuerdo que las partes están familiarizadas con sus respectivas situaciones patrimoniales o que se divulgaron la información financiera previo a la formalización del acuerdo prematrimonial, aunque la información propiamente no se haga formar parte del acuerdo.[56]

La determinación sobre el tipo de divulgación que se considere adecuada en cada contexto no necesariamente sigue un único enfoque. La mayor parte de la casuística ha adoptado un enfoque práctico que no necesariamente requiere divulgación extremadamente detallada, sino que puede incluso aceptarse como divulgación adecuada aquella que no llega a ser completa en todo el sentido de la palabra. Algunos tipos de activos o bienes presentan problemas particulares de divulgación adecuada.[57] Así por ejemplo, el valor de los negocios cerrados puede ser difícil de divulgar ya sea porque su dueño está reacio a brindar información que sea de interés a sus competidores o porque sus socios objeten compartir dicha información sensitiva. De hecho, se ha resuelto que el hecho de que una parte conozca que el negocio existe no equivale a que tenga conocimiento de su valor. Eso exactamente estuvo ante la consideración del tribunal en *In re* Estate of Davis, 213 S.W.3d 288, 297 (2006), caso en el que se invalidó el acuerdo prematrimonial tras la muerte de la esposa porque ésta no le proveyó a su cónyuge el valor de un sello discográfico del que era dueña, aunque él sabía de la existencia de ese activo. La opinión del tribunal determinó que el activo

[56] *Íd.* Pág. 56.

[57] *Íd*. Pág. 62.

era uno de esos tipos de activos cuyo valor razonable no puede entender una persona promedio con simplemente mirarlo.

De otra parte, la divulgación de expectativas de recibir herencia futura, bonos u otros activos o beneficios contingentes también presenta un reto particular, pues si bien las partes no están obligadas a divulgar las riquezas de su familia, hacerlo puede reducir el riesgo de que se cuestione la validez del acuerdo posteriormente. Más allá de que esa información no necesariamente le pertenece con exclusividad, pudiera ser necesario en algunas circunstancias particulares que se requiera la divulgación cuando la parte razonablemente anticipa cambios sustanciales en su situación económica en un futuro cercano, sobre todo si el valor de sus bienes presentes es modesto comparado con la fortuna que ha de adquirir.[58]

Puede ocurrir también que las partes estén preocupadas por la privacidad de la información financiera o no quieran que la familia extendida o el cónyuge la conozca en más detalle. Para atender esas situaciones es posible incluir estipulaciones sobre confidencialidad como parte del acuerdo, o se puede, por ejemplo, proveer documentos financieros para que la otra parte los examine junto a su abogado, pero sin que pueda pueden conservar copias. En tales casos el acuerdo debe identificar cuáles documentos se mostraron y el abogado de la parte examinadora debe firmar un documento que establezca que, en efecto, se inspeccionaron los documentos. Como antes se señaló, en tales casos también puede optarse por que el acuerdo divulgue el valor neto del capital de cada una de las partes en total sin desglosar detalladamente los bienes.[59]

### 2. Asesoramiento legal

Entre las denominadas garantías procedimentales que atienden a la validez del acuerdo prematrimonial al momento de su perfeccionamiento se haya lo relacionado al asesoramiento legal independiente de las partes. Si bien algunos tribunales estatales le niegan eficacia a un acuerdo prematrimonial frente a una parte que no tuvo representación legal independiente de la de su futuro cónyuge, a menos que se trate de un acuerdo entendible para un púbico lego, la realidad es que ello no es requisito en la

[58] *Íd*. También puede presentar problemas la divulgación financiera de bienes de difícil valoración como piezas de arte, joyas, artículos de colección, etc., en cuanto se requiere un esfuerzo *bonafide* de proveer la mejor información disponible, de ordinario partiendo de su valor de adquisición.

[59] *Íd*. Pág. 68.

gran mayoría de los Estados. Con todo, la falta de representación legal independiente no es un hecho sin importancia, pues en ausencia de ésta los tribunales consideran importante saber si hubo alguna manera alternativa de explicarle a esa parte el contenido sustantivo del acuerdo y sus consecuencias en los términos y condiciones que limitan sus derechos. No hay duda entonces de que puede haber una conexión importante entre la divulgación financiera adecuada y la participación de un representante legal independiente de la parte económicamente más débil en el acuerdo, pues si a aquel le fue divulgada la información financiera dicho conocimiento se le imputará a ésta.

Por ello es crucial que en escenarios en los que la información financiera es sumamente técnica el abogado esté muy consciente de su responsabilidad de solicitar información adicional, incluso apoyo pericial, que lo ponga en posición de asesorar a su representado adecuadamente. De hecho, se ha establecido que la participación de un representante legal independiente puede subsanar una divulgación financiera inadecuada o deficiente, pues ésta se entiende solventada por la capacidad que se le imputa al abogado para haber podido reclamar una divulgación más completa o para recomendarle a su cliente que se negara a renunciar a ésta.[60]

Ya antes se vio que el texto de la sección §6 de la UPAA no exige asesoramiento legal independiente, aspecto éste muy criticado por los redactores de los Principios ALI. En atención a ello, los redactores de la sección §7.04 incluyen un muy buen incentivo para que la parte que más interesa sostener la validez del acuerdo se asegure que la otra parte tenga una oportunidad adecuada y razonable de obtener asesoramiento legal independiente, pues sólo así podrá activar a su favor la presunción de que el consentimiento fue informado y libre de coacción o intimidación, siempre que, como señalamos antes, el acuerdo, además, se haya perfeccionado con no menos de treinta días de antelación a la celebración del matrimonio.

### B. Garantías sustantivas

[60] Gardner v. Gardner, 527 N.W. 2d 701 (Wis. 1994). (En este caso la esposa decidió, luego de consultar con su abogado y Contador Público Autorizado, que no solicitaría información sobre el justo valor en el mercado de la empresa de su esposo, aun cuando éste sólo divulgó el valor en los libros de dicho activo pero reconoció que el justo valor de mercado podría ser mucho más alto. Ante esas circunstancias el tribunal le imputó a la esposa el conocimiento que debió haber tenido su abogado sobre la existencia de diversos métodos de valoración de un activo de esa naturaleza y resolvió que ello representó una renuncia tácita a la divulgación del justo valor en el mercado de la empresa.

La discusión del tema de las *garantías sustantivas* que deben atenderse al examinar la eficacia de un acuerdo prematrimonial es ciertamente más compleja que el asunto de las garantías procedimentales que solo atienden al proceso que desembocó en la celebración del acuerdo. Esta cuestión enfrenta a los tribunales con la difícil tarea de examinar tanto el proceso que llevó a la formación del contrato como las consecuencias que implica hacer cumplir su contenido sustantivo. De modo que si los tribunales aceptan entrar a valorar si es justo o no el contenido sustantivo pactado, deberán entonces determinar, además, si tal escrutinio se circunscribe al momento del perfeccionamiento del contrato o si también alcanza el resultado que produce el cumplimiento de lo acordado en las circunstancias específicas en las que se encuentran las partes al momento de la disolución del vínculo matrimonial.

No hay duda de que esta cuestión está atada a la discusión medular sobre si el tratamiento jurídico que se le debe dar a los acuerdos prematrimoniales ha de apartarse de la normativa general de los contratos para buscar una solución que permita proveer soluciones diferentes en atención a las particularidades de la relación matrimonial. Más aún, esa disyuntiva requiere también decidir si el ordenamiento debe adoptar una normativa de aplicación general que permita a los tribunales examinar si es justo el contenido sustantivo del pacto prematrimonial en todos los casos en los que se reclame su cumplimiento o debe adoptarse esa vía sólo en determinadas circunstancias particulares que, como cuestión de política pública, justifican una apertura mayor.

El Derecho estadounidense no guarda uniformidad en este asunto tampoco, el más divisorio en la normativa estatal. Como se observa del texto de la sección §6 UPAA antes citado, éste centra el examen de la validez de un acuerdo prematrimonial en la determinación de si fue justo el proceso que llevó a su celebración y no prevé la modificación de sus estipulaciones ante un cambio de circunstancias, aunque ello produzca un resultado injusto, opresivo o abusivamente desproporcionado al momento de la disolución. Al amparo de dicha Ley Uniforme esa regla general sólo cede ante el escenario de que la renuncia anticipada de un cónyuge a una pensión compensatoria o de sustento le lleve a tal indigencia que lo haga elegible para la beneficencia social del Estado. En tal caso el tribunal puede negarle eficacia a la renuncia e imponerle al otro cónyuge una obligación por la cantidad necesaria para que el cónyuge renunciante sea inelegible para la ayuda gubernamental.

Alguna normativa estatal le ha negado eficacia a un acuerdo prematrimonial en circunstancias de desproporción extrema al momento de la disolución, e incluso algunos

estados han adoptado la UPAA con modificaciones que recogen dicho enfoque.[61] Otros Estados han optado por no usar el término *unconscionable* o desproporción excesiva tal como se entiende en la doctrina general de los contratos pero han elaborado la llamada "*second look doctrine*", un enfoque que permite dar una segunda mirada a la justicia sustantiva del acuerdo a la luz del resultado que tendría su ejecución en las circunstancias en las que se encuentran las partes al momento de hacer valer el acuerdo en el contexto de la disolución matrimonial. Este modelo de análisis no se limita a garantizar que el acuerdo haya sido justo al momento de su celebración sino que además amplía el examen para apreciar si su contenido sustantivo, total o parcial, todavía es justo cuando se pretende ejecutar.

La realidad es que para reconocerle eficacia a los acuerdos prematrimoniales la mayoría de los Estados sólo requiere que haya sido justo el proceso que dio lugar a la formación del acuerdo, mientras que una minoría de los Estados permite entrar a considerar si es justo o proporcionado el contenido sustantivo de los términos pactados.[62] Así que son menos los casos en los que se toma en consideración el efecto del acuerdo para la parte más vulnerable al momento de la disolución. De hecho, aun los Estados que examinan la justicia sustantiva del acuerdo prematrimonial en una segunda ronda o mirada difieren entre sí en cuanto al grado de injusticia o desproporción que debe producir el acuerdo para negarle eficacia.

Algunos Estados exigen un alto grado de justicia sustantiva para hacer eficaz el acuerdo, por lo que la parte en desventaja tiene más probabilidad de prevalecer al impugnarlo. No obstante, la mayoría de los Estados aplican el estándar más limitado de ineficacia por desproporción excesiva, que pone una carga probatoria enorme en la parte impugnante que alega que el acuerdo es injusto.[63] Sí queda claro que la desproporción excesiva puede ser procedimental o sustantiva, y que la primera implica que hubo negociaciones atrevidas o agresivas en la realización del contrato que pueden llegar a

---

[61] Ellman, *op. cit.*, pág. 424.

[62] Ravdin, *op. cit.*, págs. 21, 25. De hecho, algunos Estados que exigen el examen de la justicia sustantiva de los acuerdos prematrimoniales han adoptado la UPAA modificada a esos efectos. Se trata de Connecticut, Indiana, Iowa, New Jersey y North Dakota. Otros Estados siguen el enfoque que examina la justicia sustantiva de los términos pactados sin adoptar ninguna versión de la UPAA: Alaska, Georgia, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, New Hampshire, South Carolina, Vermont, West Virginia y Wisconsin. De estos, Maryland, Missouri, Iowa e Indiana solo examinan si el acuerdo es sustantivamente justo al momento de su formación, mientras que los demás Estados amplían su análisis para indagar si el contenido del acuerdo es sustantivamente justo al momento en que se exige su cumplimiento.

[63] Véase Upham v. Upham, 630 N.E. 2d 307 (Mass. 1994); Tyler v. Tyler, 990 So.2d 423 (Ala. 2008).

considerarse fraude, coerción, influencias indebidas, falsa representación, o divulgación inadecuada.[64] Si se tratara de injusticia sustantiva ello implicaría que los términos y condiciones pactados serían opresivos, excesiva y desproporcionadamente favorables para una de las partes solamente. Esa desigualdad y ese desbalance deben ser tan evidentes que den esa impresión a cualquier persona con sentido común, por lo que un acuerdo prematrimonial abusivo o inescrupuloso generalmente es el resultado de un proceso patentemente injusto y contiene términos y condiciones opresivos que ninguna persona razonable propondría, y ninguna persona honesta y justa aceptaría.[65]

La revisión de *segunda vuelta*, o *segunda mirada*, puede llevar a negarle eficacia al acuerdo prematrimonial en su totalidad o sólo parcialmente, por lo que es usual que un tribunal examine las alegaciones de injusticia sustancial sobre las estipulaciones relativas a la disposición del patrimonio y las pensiones compensatorias conjuntamente o por separado.[66] Ello es necesario porque la posición desventajosa que algún contenido del acuerdo produce para una parte puede quedar balanceada si esa parte afectada queda compensada en otros extremos. De todas formas, parece quedar claro que la función del tribunal no es realmente liberar aisladamente a las partes de un mal negocio,[67] sino que el análisis va generalmente vinculado a un criterio de previsibilidad, es decir que la preocupación mayor ha de ser si las circunstancias han cambiado de tal forma las expectativas razonables de las partes desde que se celebró el acuerdo como para hacer que su cumplimiento se torne patentemente injusto.

RAVDIN advierte que aunque el estándar de previsibilidad debe ser uno objetivo, algunos tribunales no lo han articulado de esa forma:[68]

> "La previsibilidad es un estándar objetivo, determinado por lo que las partes pudieron razonablemente haber anticipado en sus circunstancias.

[64] King v. King, 442 S.E.2d 154 (NC. 1994).

[65] Hardee v. Hardee, 585 S.E. 2d 501 (SC. 2003).

[66] En el caso Lane v. Lane, 202 S.W.3d 577 (Ky. 2006), cuando la pareja se casó, el marido se ganaba más de ciento cincuenta mil dólares y ella diecinueve mil. Durante el matrimonio la esposa dejó de trabajar para cuidar a los niños. Al divorciarse, él ganaba un millón de dólares al año. EL acuerdo prematrimonial establecía que la gran mayoría de las propiedades serían de él y que ella no recibiría pensión compensatoria alguna. Cuestionada la validez del acuerdo, el tribunal mantuvo intacto lo estipulado sobre las propiedades, pero invalidó la renuncia a la compensación para la esposa y concedió a ésta pensión mensual de doce mil dólares por ser la parte claramente desventajada.

[67] Esto no aplica sólo una parte que deja desprovista a su cónyuge, sino también a la que pueden ser sumamente generosa. Si la parte más adinerada entiende que fue demasiado generosa, no puede negarse a cumplir lo acordado. Véase Stadther v. Stadther, 526 So.2d 598 (Ala. 1988); Carnell v. Carnell, 398 So. 2d 503 (Fl. Dist. Ct. App. 1981).

[68] Ravdin, *op. cit.*, pág. 76.

> Sin embargo, algunos tribunales han utilizado algunos ejemplos raros de eventos que pueden hacer que el acuerdo se torne injusto al momento de su cumplimiento. En *Gant v Gant*, el tribunal planteó como tal el que las partes pudieran haber tenido tres niños, todos menores de cinco años, al momento del divorcio, lo que puso a las esposa en necesidad de sustento para ella misma de tal forma que pudiera cuidar de los niños. La esposa en *Gant* sólo tenía 34 años al momento del casamiento. En *Warren vs. Warren*, donde las partes estaban en edad de retiro cuando contrajeron matrimonio, el tribunal sugirió que el deterioro en la salud de una parte podía haber sido un cambio de circunstancia impredecible. Que una mujer en edad de reproductiva pudiera haber tenido niños o que una persona retirada pudiera haber sufrido deterioro en su salud parece obviamente predecible. La medida en que los tribunales someterán a las partes a un estándar objetivo está todavía por ser articulada." (citas omitidas).

Se señala que el American Law Institute parte del enfoque general de previsibilidad e hizo acopio del análisis utilizado en alguna casuística estatal para proponer un lenguaje que atienda el problema que presentan los casos en los que ninguna de las partes realmente previó, al momento de la celebración del acuerdo, el impacto que tendría el cumplimiento de los términos estipulados.[69] Tal análisis se basa en el texto del siguiente precepto de los Principios ALI que, por su importancia, citamos íntegramente a continuación:

> **§ 7.05 Cuando la aplicación produciría una injusticia sustancial**
>
> (1) Un tribunal no debería aplicar una cláusula de un acuerdo si, de conformidad con los parágrafos (2) y (3) de esta sección,
>
> (a) las circunstancias requieren considerar si la aplicación produciría una sustancial injusticia; y
>
> (b) el tribunal encuentra que la aplicación produciría una sustancial injusticia.
>
> (2) Un tribunal debe considerar si la aplicación de un acuerdo produciría una sustancial injusticia si, y solamente si, la parte que se resiste a su aplicación muestra que uno o más de los siguientes puntos han ocurrido desde el momento de la ejecución del acuerdo:
>
> (a) han pasado más de un número fijo de años, ese número será establecido en una norma de aplicación en todo el Estado;
>
> (b) un niño ha nacido, o ha sido adoptado por las partes, los cuales al tiempo de la celebración del acuerdo no tenían ningún niño en común;
>
> (c) ha habido un cambio en las circunstancias que tienen un impacto sustancial sobre las partes o sus hijos, que cuando ellos celebraron el acuerdo probablemente no preveyeron (sic) ni anticiparon ni el cambio ni su impacto.
>
> (3) La parte que alega que la aplicación de un acuerdo produciría una injusticia sustancial tiene la carga de probar esta cuestión. Para decidir

[69] Ellman, *op. cit.*, pág. 420.

> si la aplicación del acuerdo a las circunstancias de las partes en la disolución produciría una injusticia sustancial, un tribunal deberá considerar todas las circunstancias siguientes:
>
> (a) la magnitud de la disparidad entre las consecuencias conforme al acuerdo y las consecuencias conforme a los principios legales vigentes;
>
> (b) para los matrimonios de duración limitada es práctico establecer, la diferencia entre las circunstancias de la parte reclamante si el acuerdo es aplicable, y las circunstancias de dicha parte si el matrimonio nunca hubiera tenido lugar;
>
> c) si el propósito del acuerdo fue beneficiar o proteger los intereses de terceras partes (tales como hijos de una relación anterior), si dicho propósito es todavía relevante, y si los términos del acuerdo fueron razonablemente diseñados para servir a dicho propósito;
>
> (d) el impacto de la aplicabilidad del acuerdo respecto de los hijos de las partes.
>
> (4) La determinación de que las cláusulas de un acuerdo no son aplicables bajo esta sección deberían ser apoyadas por evidencias escritas (§ 1.02) estableciendo que los requisitos del Parágrafo (2) se cumplan y que la aplicación produciría una injusticia sustancial bajo el Parágrafo (3).
>
> (5) Un acuerdo para eximir la aplicación del §4.12 de estos Principios (que prevé la gradual conversión de la separación de bienes en régimen de comunidad) no puede ser impugnado conforme a esta sección.

Este esfuerzo del *American Law Institute* tiene que ser entendido a la luz de su historial legislativo y de la crítica doctrinal, pues hasta el año 2010 ningún Estado lo había adoptado formalmente.[70] En este contexto cabe resaltar que la ponencia o comentario que apoya la propuesta tiene muy presente que casi todos los acuerdos prematrimoniales implican unas dificultades especiales que surgen de una serie de circunstancias que componen el escenario en el que se produce el acuerdo. Hace mención específica de las siguientes: el optimismo irreal sobre el éxito del matrimonio; la tendencia humana a equiparar bajas probabilidades con cero probabilidades; una excesiva subestimación de beneficios futuros; y la propensión a darle mayor importancia a la celebración del matrimonio como consecuencias inmediata del acuerdo que a sus consecuencias futuras y contingentes.[71]

Sin embargo, el comentario deja claro que el párrafo (2) de la sección 705 no reclama que los tribunales examinen todos los acuerdos prematrimoniales que se invoquen en los procedimientos de divorcio, sino sólo un subconjunto de éstos en los que se anticipa que las dificultades especiales antes aludidas son particularmente más

[70] Véase M.R. Clishamand & R.F. Wilson, American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution, Eight Years After Adoption: Guiding Principles or Obligatory Footnote? 42 F.L.Q. 573 (2008).

[71] American Law Institute, *op. cit.*,Comment (b) de la sec. 705., págs. 1061-1063.

probables. Así, el precepto identifica en el inciso (2)(a) aquellos contratos que se hagan dentro de un determinado número de años antes de exigir su cumplimiento, para lo que propone una norma uniforme de aplicación estatal que fije dicho periodo en 10 años. Los redactores de la propuesta consideran que ello asegurará que sean examinados aquellos acuerdos cuyo cumplimiento es particularmente probable que sea problemático, a la misma vez que deja fuera una clara mayoría de divorcios que no se verán afectados por dicha norma. Esta apreciación parte de la premisa de que la mayoría de los divorcios ocurren entre parejas con matrimonios de menos duración.

El precepto también somete a escrutinio los casos de parejas que no tienen hijos en común cuando se casan pero sí al momento en el que se divorcian. En referencia a esto el comentario toma en consideración que aún los padres que no tienen hijos pero anticipan tenerlos durante el matrimonio usualmente son incapaces de prever completamente el impacto que los hijos tendrán en su plan de vida, por lo que una vez advienen a la paternidad los efectos y consecuencias de los términos y condiciones pactadas previamente muy probablemente les parecerán muy diferentes de lo que esperaban cuando no tenían hijos. A ello le suman que cuando se trata de divorcios de parejas con hijos entran en juego una serie de asuntos de política pública que no están presentes en el escenario de la disolución matrimonial de una pareja sin hijos.

Sobre el estándar recogido en el inciso (2)(c) del precepto, el Comentario confirma que está diseñado para atender un conjunto residual de casos en los cuales las dificultades cognoscitivas son particularmente severas pero que no son fácilmente identificables por los indicadores objetivos simples tipificados en los incisos (2)(a) y (2)(b). De manera que, aunque la propuesta parte de la premisa de que la gran mayoría de los patrones fácticos que justifican examinar el contenido del acuerdo prematrimonial para asegurar que no se produzca una injusticia sustancial al momento de su cumplimiento estarán atendidos por los incisos (2)(a) y (2)(b), ello no agota todos los escenarios, por lo que el inciso (2)(c) establece un estándar más general para atender otros casos problemáticos no subsumibles en aquellos.[72]

[72] Comentario del American Law Institute, *op. cit.*, págs. 1116-1119. De hecho, el Comentario hace referencia al siguiente ejemplo:

> "Antes de casarse, Susana y Jorge firman un acuerdo que mantiene la mayor parte de su patrimonio separado en lugar de hacerlo propiedad matrimonial, y que limita los reclamos de pensiones compensatorias. Al momento de la celebración del contrato, ellos no tienen hijos, no tienen planes de tener hijos, y trabajan en empleos que les generan ingresos similarmente cómodos. Dos años después del matrimonio, la hermana de Susana muere inesperadamente y esta se convierte en la tutora legal de sus dos

Para alguna parte de la doctrina la propuesta de los Principios ALI tiene la gran ventaja de que ofrece un enfoque más limitado que el que utiliza la casuística tradicional que parece invitar o permitir un examen judicial abierto y amplio del contenido del acuerdo para asegurar que sea justo y proporcionado.[73] De esta forma el análisis de los tribunales debe permitirse sólo en un conjunto particular de casos y debe estar guiado por una lista de consideraciones, mayoritariamente predeterminadas, relacionadas con la determinación de si el cumplimiento del acuerdo prematrimonial produce, al momento del divorcio, una injusticia o desproporción sustancial.

Adviértase que la anterior discusión sobre cambios en las circunstancias es distinta al asunto de posibles enmiendas a los acuerdos prematrimoniales. La UPAA permite que los acuerdos prematrimoniales se enmienden o revoquen después del matrimonio, pero sólo si se hace por escrito y firmado por ambas partes. También son válidas, a la luz de la ley UPAA, las enmiendas postmatrimoniales a un acuerdo prematrimonial, en lo que coincide con alguna casuística estatal.[74] Sobre el elemento de previsibilidad y la enmienda del acuerdo prematrimonial por la conducta de las partes se advierte:

---

> sobrinas, que entonces tenían 4 y 7 años. Susana cambia a un trabajo a tiempo parcial para poder estar más tiempo con las niñas. Eventualmente ella reduce su empleo más aún, con el consentimiento de Jorge, para dedicarle más tiempo a sus sobrinas.
>
> En el octavo año de matrimonio, Jorge y Susana se divorcian. Susana se mantendrá como la cuidadora principal de las niñas. Su Estado adoptó el término de 10 años como el período aplicable al amparo del inciso (2)(a). EL inciso (2)(a) no aplica porque no han pasado 10 años desde que se firmó el acuerdo. El inciso (2)(b) no aplica porque Susana y Jorge no tienen hijos en común. (La conclusión hubiese sido diferente si ellos hubiesen adoptado a las sobrinas de Susana). Sin embargo, al amparo del inciso (2)(c), el tribunal podría considerar si el cumplimiento de este acuerdo produciría una injusticia sustancial. Ha habido un cambio en las circunstancias de las partes desde que se firmó el acuerdo que altera significativamente el impacto del cumplimiento del acuerdo sobre las partes. Susana no ha trabajado a tiempo completo por algunos años. Es poco probable que las partes contratantes hubieran anticipado los eventos que produjeron este cambio. Más aún, los cambios en el matrimonio son similares a aquellos que hubieran ocurrido si las partes hubiesen tenido sus propios hijos, en cuyo caso el inciso (2)(b) hubiera aplicado. El inciso (2)(c) requiere el mismo resultado aquí, y por lo tanto el tribunal debería entrar a considerar si el cumplimiento produciría una injusticia sustancial." (traducción libre).

[73] Ellman, *op. cit.*, pág. 426.

[74] Ravdin, *op. cit.*, pág. 160. En los estados que no se rigen por la UPAA las partes deben poder modificar los acuerdos prematrimoniales en la misma medida y con las mismas condiciones que puedan hacer acuerdos postmatrimoniales. Cuando las parejas se divorcian y se casan entre sí otra vez, el acuerdo no se revive a menos que las partes lo expresen por escrito. En Estate of Broadhurst, 737 S.W.2d 504 (Mo. Ct. App. 1987), una pareja que se divorció se volvió a casar sin celebrar un acuerdo prematrimonial. Al morir el marido, el tribunal determinó que el acuerdo prematrimonial inicial había quedado invalidado.

"Aun cuando la ley es generalmente clara en cuanto a que se requiere la forma escrita para establecer un acuerdo prematrimonial, los tribunales han sostenido ocasionalmente que la conducta de las partes durante su matrimonio ha dejado sin efecto un acuerdo escrito previo. Por ejemplo, en *Baxter v. Baxter*, las partes mantuvieron sus finanzas separadas durante la primera mitad de su matrimonio de 13 años, pero durante la segunda mitad la esposa dejó su empleo y trabajó sin paga como gerente del campo de golf del esposo, y pagó deudas del negocio con algunos de sus activos privativos. El tribunal determinó que esta conducta 'demostró la intención mutua de rescindir' su acuerdo de mantener separación de bienes. Nuevo México ha recogido ese principio en su legislación, disponiendo que 'un acuerdo prematrimonial puede ser enmendado o revocado… por un patrón de conducta mutuo y consistente, que demuestre una enmienda del acuerdo prematrimonial o su revocación.' Doctrinalmente, es posible entender esta norma como una mera aplicación particular del principio de que el cumplimiento parcial saca el contrato del Statute of Frauds, de manera que el acuerdo oral parcialmente cumplido pueda permisiblemente modificar los términos del escrito original. Pero en términos más amplios, estos casos y la legislación de Nuevo México ilustran un reconocimiento de que la ley promueve dificultades si no toma en consideración el hecho inevitable de que muchas parejas terminarán conduciendo sus vidas de forma diferente a lo que contemplaron al momento de un acuerdo realizado años antes, justificando así una segunda mirada. Las jurisdicciones que permiten a sus tribunales amplia autoridad en equidad para negarse a exigir el cumplimiento de los acuerdos prematrimoniales pueden utilizar principios de equidad tales como *estoppel* para proveer remedio en tales casos.[75] (citas omitidas)

### 3.2 Limitaciones por razón de la materia pactada

Sin pretender agotar la discusión sobre todos los posibles contenidos de los acuerdos prematrimoniales, es necesario abordar algunos aspectos sobre las limitaciones a su validez en relación con determinadas materias en particular. Esto es, habiendo examinado los principales asuntos relacionados con la validez y eficacia del acuerdo, lo que he denominado requisitos del contrato propiamente, ahora atiendo brevemente otras limitaciones referidas al contenido posible del acuerdo.

Los acuerdos prematrimoniales en los Estados Unidos suelen atender tradicionalmente tres grandes áreas principales de derechos y reclamos económicos, pues las mayor parte de ellos versan sobre (1) derechos patrimoniales en el ámbito de la disolución matrimonial por muerte de uno de los cónyuges; (2) derechos patrimoniales en el escenario de la eventual disolución del vínculo matrimonial por razón de divorcio

[75] Ellman, *op. cit.*, pág. 426.

y (3) derechos relacionados a la pensión compensatoria con ocasión del divorcio. Estas son sólo tres grandes categorías en las que caben asuntos tan específicos como la responsabilidad por el pago de honorarios legales en relación con las negociaciones o el pleito de divorcio, la distribución concreta de las responsabilidades financieras durante el matrimonio en relación con los gastos del hogar o gastos comunes, deudas personales de una de las partes y transferencias en beneficio de un cónyuge necesitado; así como normas particularísimas en lo referente a la gestión, administración y disposición de la propiedad constante matrimonio y en el escenario post matrimonial.

Sin embargo el hecho de que estos sean los usos más comunes que los futuros cónyuges le dan a los acuerdos prematrimoniales no necesariamente responde a que esté vedado el acuerdo sobre asuntos no económicos, sino relacionados con aspectos personales que los cónyuges puedan querer regular en relación con otros componentes de su vida matrimonial.[76]

La realidad es que sobre el contenido posible de los acuerdos prematrimoniales tampoco hay absoluta uniformidad de criterio en la doctrina y la jurisprudencia estadounidense, si bien las líneas mayoritarias reconocen amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes siempre que el ejercicio de ésta no ofenda el orden público. Las mayores reticencias o vacilaciones parecen también coincidir en un criterio mayoritario cuando se trata de los siguientes temas (1) acuerdos relativos al ejercicio de la patria potestad, custodia y alimentos de los hijos menores, particularmente aquellos que pretendan excluir o limitar la jurisdicción del tribunal para imponer su criterio sobre tales asuntos en atención al mejor bienestar del menor; (2) asuntos relacionados a la atribución de culpa y sus consecuencias en la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, la limitación del derecho fundamental a la terminación de la relación conyugal o la particularización de los deberes conyugales ; y (3) estipulaciones de renuncia absoluta o limitación anticipada a una pensión alimenticia o compensatoria para alguno de los cónyuges.[77]

[76] Veáse, J. Fields, Forbidden Provisions in Prenuptial Agreements: Legal and Practical Considerations for the Matrimonial Lawyer, 21 J. Am. Acad. Matrim. Law. 413 (2008).

[77] Ellman, *op. cit.*, pág. 414. No debe promover o facilitar el divorcio por cuestiones de política pública; (d) no puede cederse los derechos de herencia Luisisana. Ravdin, *op. cit.*, pág. 10.

En este contexto la UPAA tiene también gran pertinencia, pues como se observa en el texto que se cita a continuación, la ley uniforme atiende el asunto de manera particular:[78]

> "**Artículo 3. Contenido**.[79]
>
> (a) Las partes de un acuerdo prematrimonial pueden contratar sobre los siguientes extremos:
>
> (1) los derechos y obligaciones de cada una de las partes respecto del patrimonio de cada una de ellas o del de ambos cuando y donde sean adquiridos o localizados;
>
> (2) el derecho a comprar, vender, usar, transferir, cambiar, abandonar, arrendar, consumir, gastar, ceder, establecer una garantía, hipotecar, grabar, ceder, o cualquier otro acto de gestión y control sobre sus patrimonios;
>
> (3) la disposición de los patrimonios después de la separación, el divorcio, la muerte, con la concurrencia o no concurrencia de cualquier otro evento;
>
> (4) la modificación o la eliminación de la pensión compensatoria;
>
> (5) la elaboración de un testamento, fideicomiso, o cualquier otro pacto para llevar a cabo las disposiciones del acuerdo prematrimonial;
>
> (6) los derechos de propiedad de los que va ser beneficiario alguien mediante lo dispuesto en seguro de vida;
>
> (7) la elección de la ley aplicable a estos acuerdos;
>
> (8) cualquier otra materia, incluyendo los derechos y obligaciones personales de cada parte, siempre que no violen el orden público o una norma que imponga una sanción criminal.
>
> (b) El derecho de alimentos de un hijo no puede verse negativamente afectado por un acuerdo prematrimonial."

Del transcrito texto se advierte, en primer lugar, que no tiene pretensiones de ser *numerus clausus*, sino que refleja un objetivo más modesto de ejemplificar los posibles contenidos del acuerdo prematrimonial y en esa medida es consistente con el espíritu general de la ley uniforme de establecer unos lineamientos mínimos que permitan, a su vez, conciliar las distintas posturas que puedan tener los Estados sobre aspectos particulares de las materias que son objeto de la regulación y que, de ordinario, resultan ser muy espinosos. El inciso (8) deja claro entonces que está previsto como contenido posible del acuerdo prematrimonial el pacto conyugal relativo a cualquier otra materia, y expresamente alude a sus *derechos y obligaciones personales*, si bien a renglón seguido erige el infranqueable límite de que no sean violatorios del orden público o de

[78] No hay en los Principios del American Law Institute, *op. cit.*, una disposición expresa y ejemplificativa en torno al contenido posible de los acuerdos prematrimoniales sino que en ellos se sigue un enfoque diferente, pues sólo se enumeran reglas de contenido para cierto tipo de cláusulas en particular. Arts. 7.06, 7.07 y 7.08 de los Principios del American Law Institute, pág. 1116.

[79] UPAA, *supra*, Sec. 3 (según reproducido y traducido en Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 288).

las leyes penales. En ese sentido, sin embargo no hace más que recoger las líneas jurisprudenciales y doctrinales que venían ya desarrollándose a nivel estatal.

Dentro de ese otro contenido posible que anticipa la referencia en el inciso (8) a cualquier otra materia cae sin duda lo referente a los acuerdos que tengan a bien hacer los cónyuges en relación con los hijos menores, si bien podría cuestionarse porque no se hace referencia expresa a dicho asunto. Todo parece indicar que tal omisión no pasó desapercibida sino que se pretendió que tales asuntos fueran atendidos por los respectivos Estados en función de sus respectivas políticas internas.[80] Sin embargo, no comparto del todo esa apreciación porque si bien es cierto que, como se explicó anteriormente, en Estados Unidos la normativa reguladora de las relaciones familiares es típicamente de carácter estatal, no es menos cierto que se observa gran uniformidad entre los Estados en afirmar que las disputas relativas al ejercicio de la patria potestad y custodia de los hijos menores de edad revisten un alto interés público y su solución debe estar regida por el interés último de velar por el bienestar de los menores. Así que no parece que fuera imposible lograr un acuerdo estatal mayoritario que advirtiera sobre la imposibilidad de darle carácter vinculante a un acuerdo privado entre los cónyuges que limitara la jurisdicción de los tribunales para, en su día resolver cualquier asunto relativo al ejercicio de la patria potestad y custodia de los hijos habidos en el matrimonio conforme al mejor bienestar de éstos y de manera distinta a lo acordado por sus padres en un acuerdo en previsión de ruptura.

De hecho, otro asunto que podría alegarse que es igualmente conflictivo es lo relativo al derecho de alimentos de los hijos menores de edad, y éste, como se advierte del inciso § 3 (b) de la UPAA, no sólo no se omitió de la lista que hace el inciso §3 (a) del contenido posible del acuerdo prematrimonial sino que se establece expresamente sobre ese particular que *el derecho de alimentos de un hijo no puede verse negativamente afectado por un acuerdo prematrimonial*. [81] Los Principios ALI contienen una disposición paralela que igualmente limita la autonomía de la voluntad de los padres en cuanto establece que el derecho de alimentos de un hijo no debe verse afectado negativamente por un acuerdo.[82]

Se afirma que si bien la UPAA guarda silencio respecto al asunto de patria potestad y custodia y lo omite de la lista de asuntos particulares que los acuerdos

[80] En ese sentido, Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 289.

[81] UPAA, *supra*, Sec. 3 (b) (según reproducido y traducido en Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 289).

[82] Principios American Law Iinstitute § 7.06, pág. 1116.

prematrimoniales pueden regular, tampoco está específicamente prohibido por disposición expresa alguna como es el caso de los acuerdos referentes a la obligación de alimentar a un menor.[83] Así, parece proponerse que una prohibición absoluta a esos efectos hubiera sido una alternativa y se optó por no escogerla. Coincido con este criterio, pero añado que mínimamente podía haberse adelantado una advertencia similar a la que se hace sobre el asunto de los alimentos, que bien podría advertir que ningún acuerdo previo de los padres sobre el ejercicio de los derechos y facultades relacionados a la patria potestad o custodia del hijo menor tendrá carácter de cosa juzgada para los tribunales.

Se ha dicho también que los Principios ALI, aunque no en sede de acuerdos prenupciales sino en su Capítulo 2 sobre patria potestad y custodia, al que su artículo §7.07 remite expresamente, reflejan mejor el estado de derecho vigente en cuanto le atribuyen a lo estipulado por los futuros cónyuges sobre esos aspectos un rol eminentemente orientador, pues establecen que los tribunales pueden tomar en consideración cualquier acuerdo previo entre los padres que resulte apropiado a la luz de la totalidad de las circunstancias.[84]

La posición recogida por los Principios ALI a esos efectos parece estar fundamentada en la distinción que hacen entre las estipulaciones prematrimoniales de los futuros cónyuges sobre la patria potestad y custodia de los futuros hijos, de un lado, y cualquier acuerdo sobre esto contenido en un acuerdo de separación pactado por los cónyuges habiendo nacido ya los hijos, del otro. Y es que en ese respecto los Principios ALI siguen la línea jurisprudencial y doctrinal que, sin llegar a darle completa fuerza vinculante a los acuerdos previos a los que hayan llegado los padres en relación con las responsabilidades sobre sus hijos, sí le atribuyen mayor peso que a lo pactado en un acuerdo prematrimonial. A esos efectos el artículo § 2.06 de los Principios ALI establece que al emitir un decreto de patria potestad o custodia los tribunales deben seguir lo acordado por los padres, a menos que falte un consentimiento informado y voluntario, o el acuerdo logrado sea perjudicial para el menor. Cabe señalar, sin embargo, que algunos estados aceptan acuerdos de separación que someten a arbitraje

[83] Ellman, *op. cit.*, pág. 413.

[84] Principios American Law Institute, Sec. 2.08(1)(e), 197-227. Ellman, *op. cit.*, pág. 413. En ese contexto un caso emblemático es Combs v. Combs, 865 P 2d 50 (Wyo. 1993) en el que el tribunal invalidó a un acuerdo prematrimonial en el que se estipuló que, de haber hijos en el matrimonio, y en la eventualidad de que este se disolviera, los menores quedarían bajo la custodia del padre cuyo sexo se corresponde con el del hijo, lo cual claramente era contrario a la ley estatal que prohibía que la determinación de custodia estuviera basada exclusivamente en el sexo del padre correspondiente.

las controversias relacionadas con patria potestad y custodia que puedan surgir con posterioridad al decreto de divorcio y es razonable anticipar que se le dé el mismo tratamiento a disposiciones o estipulaciones similares acordadas en un pacto prematrimonial. Ello de todas maneras no ha impedido que los tribunales usualmente se reserven la autoridad de dejar sin efecto la validez del laudo arbitral, distanciándose así de la regla general que guía el tratamiento que recibe el arbitraje en el contexto más amplio de los contratos ordinarios. [85]

En este particular es muy convincente el comentario de los propios redactores de la Ley Uniforme cuando afirman que los acuerdos prematrimoniales se hacen típicamente en un contexto muy particular y con respecto a materias sobre las cuales las personas son incapaces de predecir y estimar de manera realista no solo los eventos que pueden ocurrir en el futuro sino también la magnitud de los intereses que pueden estar cediendo. De ahí que se puntualice la gran dificultad que presenta reconocerle validez a acuerdos celebrados cuando el futuro de la familia es desconocido y, aun, su composición, y la particular dificultad que ello comporta cuando se trata de la distribución de las responsabilidades sobre los hijos menores. El fundamento resulta, a todas luces, muy convincente:

> "Los acuerdos prenupciales típicamente se hacen antes de que se conozcan las necesidades de un hijo en particular, de hecho, a veces aún antes de que el hijo haya nacido, o antes de que se sepa siquiera si tendrán hijos. De la mano con la acostumbrada falta de realismo que la mayoría de las parejas comparten sobre una posible separación o divorcio, puede esperarse que los adultos que están a punto de contraer matrimonio estén limitados en su habilidad para evaluar las necesidades de sus hijos, juzgar buscar las capacidades del otro padre para satisfacer las necesidades del niño o aun proteger sus propios intereses. Tales limitaciones existen también, sin duda, con respecto a los acuerdos negociados en el contexto de una separación. Estos principios asumen, sin embargo, que las partes tienden a ser significativamente menos realistas antes o durante el matrimonio que cuando se considera una separación." [86] (traducción nuestra)

Finalmente, merece especial mención lo referente a las estipulaciones en las que se acuerda determinada crianza religiosa para los hijos. Sobre tal cuestión la normativa estatal tiene un campo de acción muy limitado puesto que la jurisprudencia de Tribunal Supremo federal, como máximo intérprete de la Constitución de los Estados Unidos, en

[85] Ellman, *op. cit.*, pág. 414.

[86] Principios American Law Institute, § 2.08, Comentario (i), págs. 197-227.

gran medida zanjó el asunto hace muchas décadas al dictaminar que los tribunales estatales vienen obligados a reconocer el derecho de ambos padres de criar a sus hijos en sus respectivas religiones.[87] De manera que aunque hubiera un acuerdo previo de los padres de criar al niño en la religión particular de uno de ellos, el Estado puede negarle eficacia a tal acuerdo y permitir que ambos padres puedan ejercer su derecho a exponer a sus hijos a sus creencias religiosas. Ese análisis parte, de todas formas, de que la intervención estatal en asuntos religiosos es excepcional y solo se justifica apartarse de ella cuando sea necesario para evitar un daño o amenaza real al menor.[88]

De otra parte, en relación con la coexistencia de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y el interés del Estado de tutelar ciertos intereses de manera particular en el contexto matrimonial, resulta más espinoso el tema de las estipulaciones referentes a las consecuencias de la culpa en el divorcio, la limitación del acceso a dicho medio de disolución matrimonial o la personalización de los deberes conyugales a la medida de la voluntad privada de las partes.

Como regla general, los tribunales estadounidenses se han negado a validar estipulaciones prematrimoniales que se apartan de lo dispuesto en la ley estatal como causas o formas de obtener la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, e incluso aquellas que imponen una penalidad económica a uno de los cónyuges como condición o consecuencia de solicitar la disolución.[89] Ese acercamiento al asunto parece consecuente con la evolución habida en los estados que se han movido hacia los sistemas de divorcio no culposo, pero no hay duda de que pone de manifiesto el gran reto que enfrenta la pretensión de convivencia pacífica entre el interés del Estado en tutelar determinados intereses para proteger o preservar la llamada *institucionalidad* del

[87] Wisconsin v. Yoder, 406 US 205 (1972).

[88] Zummo v. Zummo, 574 A.2d 1130 (Pa. 1990), es un caso en el que el tribunal le negó eficacia a un acuerdo prematrimonial en el que los padres acordaron criar al niño en una religión particular. La decisión del tribunal estuvo fundamentada principalmente en que la intervención estatal en asuntos religiosos es excepcional, así como en el interés de proteger el derecho de los padres a cambiar sus convicciones religiosas a través del tiempo. Algunos estados como Florida, California y Connecticut le han negado eficacia a ese tipo de estipulación en los acuerdos prematrimoniales porque impiden el derecho del otro padre a exponer a sus hijos a creencias religiosas a las que fueron originalmente acordadas. Ravdin, op. cit., pág. 108. Véase, además, J.C. Ramírez Ortiz, Capitulaciones matrimoniales: un análisis sobre la eficacia y validez de las cláusulas en que se determina la religión en que se habrá de educar a los hijos, 83 Rev. Jur. UPR 485 (2014).

[89] Ellman, *op. cit.*, pág. 414. Se reitera como caso emblemático el de Diosdado v. Diosdado, 118 Cal Rptr 2d 494 (Cal. 2002) en el que se le negó eficacia a un acuerdo prematrimonial que estipulaba varias penalidades financieras, incluso un pago de $ 50,000, contra aquel de los cónyuges que incumpliera el deber mutuo de fidelidad. Los cónyuges habían estipulado que ello incluía besar en la boca o tocar de alguna manera sexual a cualquier tercera persona. El tribunal concluyó que validar tal acuerdo resultaba contrario al orden público que subyace en la normativa estatal de divorcio sin culpa.

matrimonio y el alcance que habrá de dársele a la verdadera autonomía privada de los cónyuges. No hay duda de que el asunto no resulta nada simple, sino que por el contrario repercute en cuestiones de mucho más jerarquía que se vinculan con principios constitucionales tales como la inviolabilidad de la dignidad del ser humano, el derecho a la protección de la privacidad y a la idea fundamental de la libertad individual. Considero que el análisis debe inclinarse a que el Estado se niegue a validar las limitaciones de un cónyuge a su derecho fundamental a disolver el vínculo matrimonial aunque hayan sido autoimpuestas.

El artículo §7.08 de los Principios ALI aborda directamente estos asuntos al establecer, *a priori*, la invalidez de una cláusula de un acuerdo prematrimonial (1) en la que se limiten o amplíen las causas de divorcio tipificadas en el derecho estatal o (2) que requiera o prohíba a un tribunal considerar la conducta de un cónyuge en el proceso disolutorio o en la adjudicación de pagos compensatorios, a menos que lo así acordado sea conforme con la normativa estatal.[90] Igualmente queda invalidado a la luz del artículo §7.08 cualquier cláusula que imponga alguna penalidad a los cónyuges por solicitar la acción correspondiente, ya sea para obtener la disolución del vínculo por divorcio o para obtener un decreto de separación legal.

Si bien no abunda la casuística estatal sobre este asunto cabe resaltar que alguna jurisprudencia, estimada como minoritaria por la doctrina, ha validado acuerdos en los que se han incluido estipulaciones que favorecen a un cónyuge si el otro es quien inicia la separación, incumple los deberes conyugales o presenta primero la acción de divorcio.[91] No obstante aún, en aquellos estados en los que pueda ser viable que los cónyuges pacten sobre los efectos del incumplimiento de los deberes conyugales no

[90] Principios American Law Institute, §7.08, pág. 1116 y ss. Igual criterio siguió posteriormente el caso In re Marriage of Mehren and Dargan, 13 Cal Rptr 3d 522 (Cal, Ct. App. 2004), que inválido una estipulación en la que el esposo acordó transferir a su esposa su participación en determinados bienes gananciales si aquél recaía en el uso de cocaína. El tribunal concluyó que cualquier acuerdo prematrimonial que pretenda castigar el incumplimiento de los deberes personales de los cónyuges tiene un objetivo ilícito por ser contrario a la política legislativa que eliminó las consecuencias de la culpa en el divorcio. Véase, además, In re Marriage of Cooper, 769 N.W. 2d 582 (Iowa 2009) (Sigue la línea jurisprudencial californiana para invalidar un acuerdo que favorecía a la esposa en la adjudicación del patrimonio ganancial si la disolución era provocada por la infidelidad del esposo, pues el tribunal entendió que tal acuerdo era contrario a la política pública estatal favorecedora del divorcio sin culpa).

[91] Ford v. Blue, 106 S.W. 3d 470 (Ky. 2003). Véase también Sanders v. Sanders, 288 S.W. 2d 473 (Tenn. Ct. App. 1955), en el que se validó un acuerdo prematrimonial que penalizaba con la renuncia a cualquier interés en el patrimonio ganancial al cónyuge que presentara la acción de divorcio. Ello ocurrió, sin embargo, en el escenario poco usual de un esposo que con ello pretendía persuadir a su esposa para que se casara con él por tercera vez. De igual forma, otro tribunal validó un acuerdo, si bien de carácter post matrimonial, en el que se estipuló que la esposa recibiría sólo una parte del patrimonio ganancial si volvía a serle infiel a su esposo. Laudig v. Laudig, 624 A.2d 651 (Pa. 1993).

necesariamente se entenderá que tal conducta, por sí sola, invalida el acuerdo; se requiere que el acuerdo así lo establezca expresamente para que si una de las partes incumple determinado deber conyugal el otro quede relevado de su obligación de cumplir el acuerdo. Parece así que se requiere algo más que una estipulación genérica a los efectos de que el acuerdo advendrá ineficaz si los cónyuges incumplen los deberes conyugales.[92]

En este punto es menester hacer una acotación especial en relación a los estados en los que se permite, por disposición legislativa expresa, que los cónyuges opten por una de dos alternativas de matrimonio disponibles. Me refiero a la posibilidad de contraer matrimonio con la libertad para solicitar su disolución sin causa, de un lado, y el llamado matrimonio con pacto o *covenant marriage*, de otro. En este último los cónyuges se someten a un contrato matrimonial más estricto, tanto para contraerlo como en relación a su disolución puesto que les compromete a no divorciarse a menos que medien determinadas conductas culposas expresamente tasadas en la ley.

Debe decirse que ese esquema legislativo no ha encontrado apoyo mayoritario en la normativa estadounidense estatal, pues solamente está presente en los estados de Luisiana, Arizona y Arkansas.[93] Es una modalidad que apenas tuvo cauce legislativo

---

[92] Ravdin, *op. cit.*, pág. 111. Tanto Sims v. Sims, 186 N.W. 2d 491 (Neb. 1971) como Maloy v Maloy, 362 So. 2d 484 (Fla. Dist. Ct. App.1978) son casos anteriores a la UPAA y a los Principios ALI pero no así los siguientes, que son posteriores: Moss v. Moss, 187 A.D. 2d 775, (NY. 1992); Macfarlane v. Rich, 567 A. 2d. 585 (N.H. 1989) y Gross v Gross, 464 N.E.2d 500 (Ohio. 1984).

[93] Véase La. Rev. Stat. sec. 9:273 (1999). En Luisiana, por ejemplo, los futuros cónyuges vienen obligados por ley a firmar una declaración que recoge su intención de contraer un matrimonio con compromiso. El contenido del documento escrito viene dictado por la propia ley pues ésta establece que tal documento debe incluir el texto siguiente:

> "Declaramos solemnemente que el matrimonio es un compromiso entre un hombre y una mujer que acuerdan vivir juntos como esposo y esposa por el resto de sus vidas. Nos hemos escogido el uno al otro cuidadosamente y nos hemos divulgado mutuamente todo lo que podría afectar adversamente la decisión de contraer este matrimonio. Hemos recibido consejería prematrimonial sobre la naturaleza, los propósitos y las responsabilidades del matrimonio. Hemos leído la Ley de Matrimonio con Compromiso y entendemos que el matrimonio con compromiso es de por vida. Si experimentáramos dificultades matrimoniales, nos comprometemos a hacer todos los esfuerzos razonables para preservar nuestra unión, incluyendo buscar consejería matrimonial. Con pleno conocimiento de lo que significa este compromiso, por este modo declaramos que nuestro matrimonio estará regido por la ley de Luisiana sobre Matrimonio con compromiso y nos prometemos que nos amaremos, honraremos y cuidaremos el uno del otro como esposo y esposa por el resto de nuestras vidas." (traducción nuestra) Sec. 9:273(A)(1) (2014).

Los futuros cónyuges deberán, además, declarar mediante *affidavit* que han recibido consejería prematrimonial. Sec. 9:273(A)(2). Véase, además, Ariz. Rev. Stat sec. 25-901 (B) (1999) y Ark. Code Ann. sec. 9-11-803 (1987); Brown L. and Shoaf, L. Twelfth Annual Review Of Gender And Sexuality Law: Family Law Chapter: Marriage and Divorce, 12 Geo. J. Gender & L. 493. (2011); White, K. Covenant Marriage: An Unnecessary Second Attempt at Fault-Based Divorce. 61 Ala. L. Rev. 869. (2010).

por primera vez en 1997, siendo Luisiana el primer estado en adoptarla, seguido por Arizona en 1998 y Arkansas en el año 2001. Ello fue el resultado, principalmente, del intenso cabildeo de determinados grupos de interés que reclamaban que los sistemas legislativos de divorcio sin culpa habían desencadenado una tendencia divorcista que debía ser mitigada. Los grupos contrarios se han opuesto tenazmente primordialmente por las connotaciones religiosas que guarda la similitud entre el *covenant marriage* y el matrimonio religioso, y han tenido éxito pues al menos otros dieciséis estados han tenido ante su consideración legislativa propuestas similares que no han sido aprobadas.

En cualquier caso, queda claro que este asunto presenta una cuestión distinta a la de la validez de la restricción a las causas del divorcio estipuladas por los cónyuges en un acuerdo privado. Es decir, en la medida en que el diseño legislativo, *a priori*, admite de la posibilidad de que las partes opten por autoimponerse restricciones para poder disolver la unión conyugal no debe caber duda entonces de que tal supuesto es perfectamente anticipable en un acuerdo en previsión de ruptura puesto que no hace sino recoger una posibilidad que de todas maneras está disponible en la normativa estatal que, en ausencia de pacto, supliría la voluntad de las partes.

Asunto contrario es el que viene referido a la validez de una estipulación en la que las partes acuerdan que en caso de disolución por divorcio éste se entenderá siempre sin culpa. Evidentemente ello no presenta ninguna dificultad en aquellos estados que han abandonado totalmente el divorcio culposo, puesto que tal acuerdo recoge precisamente el interés tutelado por el Estado de que ambos cónyuges tengan igual derecho a terminar la relación sin menoscabo de su privacidad y su libertad individual. Pero se afirma que aún en estados en los que existe el divorcio culposo o algún sistema híbrido, los tribunales pueden hacer valer una disposición en la que se renuncia anticipadamente al divorcio culposo o incluso establecer una penalidad al cónyuge que se oponga a la disolución habiendo renunciado previamente al divorcio culposo.[94] No hay uniformidad sobre el asunto, puesto que otros estados parten de la premisa de que el incumplimiento de las obligaciones conyugales es un asunto de alto interés público y lo entienden vedado a la voluntad de las partes, si bien la invalidez de una cláusula a esos efectos no necesariamente produce la ineficacia de la totalidad del

---

[94] Veáse, Ravdin, *op cit*., pág. 112. Así por ejemplo, Vakil v. Vakil, 66 Mass. App. Ct. 526, 849 N.E.2d 233 (2006).

acuerdo pues éste puede prevalecer para efectos de adjudicación y liquidación de la propiedad conyugal y otros asuntos que puedan haberse pactado válidamente.

Por lo demás, la ejemplificación sobre el contenido posible de los acuerdos prematrimoniales en la UPAA se decanta desproporcionadamente por los aspectos patrimoniales que puedan pueden interesar a los cónyuges en previsión de una futura crisis matrimonial, sin bien su ámbito alcanza también la anticipación de los efectos patrimoniales de la disolución matrimonial por muerte de uno de los cónyuges, contenido éste más tradicionalmente aceptado en el derecho anglosajón.[95] Ello no hace sino solidificar los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales que entraron al escenario jurídico estadounidense como progenie del citado caso *Posner*. Merece especial atención, sin embargo, la cuestión de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria.

La validez de la renuncia anticipada al derecho de un cónyuge a solicitar una pensión compensatoria[96] como efecto del divorcio, así como cualquier limitación en términos de su cantidad o de su vigencia, es también un asunto ampliamente discutido en el derecho estadounidense, tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial como en el plano legislativo. El análisis de la situación actual lleva a concluir que ese ámbito ha enfrentado, en términos generales, mayor vacilación que la renuncia o limitación anticipada de un cónyuge a otros derechos sobre el patrimonio matrimonial.[97] Ello se atribuye en gran medida al interés del Estado en que alguien asuma la responsabilidad de satisfacer un mínimo de necesidades básicas que tiene todo individuo y quién mejor que un ex cónyuge para ello, a quien el Estado le atribuye, cuando menos, una obligación moral de velar por el bienestar de esa persona con quien compartió la relación matrimonial. Por supuesto, la discusión sobre si esa premisa debe validarse o no, está fuera del alcance de este trabajo, pero ello no impide reconocer que cualquier ordenamiento que le imponga a una persona la obligación de garantizar una asistencia mínima a su ex cónyuge parte de la idea de que en alguna medida el deber de socorro mutuo que existió constante matrimonio debe permanecer aún después de su disolución. Este, sin duda, es el mejor argumento que tiene el Estado para negarse a reconocer la validez de una renuncia anticipada a la pensión compensatoria, al menos en la medida

[95] De hecho, sólo en el estado de Luisiana está prohibido que los otorgantes renuncien anticipadamente a su derechos hereditarios en un acuerdo prematrimonial o alteren el orden de llamamiento sucesoral establecido en la ley. La. Civ. Code Art. 2330.

[96] Como se dijo antes, se usa el término compensatorio genéricamente, pero partiendo de la premisa de que la prestación incluye un componente asistencial.

[97] Ellman, *op. cit.*, pág. 414.

en que tal acuerdo entre las partes implique la necesidad de afectar el caudal público. Pero como veremos, alguna de la normativa estatal, si bien minoritaria, ofrece aun una mayor protección al cónyuge renunciante.

Con todo, en la actualidad la mayoría de la normativa estatal valida la renuncia anticipada a la pensión compensatoria o su limitación, si bien reservan la posibilidad de intervención judicial para negarle eficacia en determinadas circunstancias.[98] Así, casi todos los estados que han aprobado la UPAA permiten la renuncia o limitación anticipada con la condición de que ello no provoque que el cónyuge renunciante advenga acreedor de la beneficencia estatal o le ocasione un perjuicio indebido.

Cabe recordar aquí que la UPAA no sólo contempla la posibilidad de renuncia o modificación anticipada a la pensión compensatoria en su artículo 3(a)(4), como parte de la lista ilustrativa de contenidos posibles de los acuerdos prematrimoniales, sino que también atiende dicho asunto en su importantísimo artículo 6 sobre la eficacia de los acuerdos prematrimoniales al establecer en su inciso (b) que "*si una cláusula del acuerdo prematrimonial modifica o elimina la pensión compensatoria de los cónyuges y esta modificación o eliminación causa a una parte del acuerdo un perjuicio tal que le haría estar incurso en las condiciones para ser beneficiario de una ayuda dentro de un programa de asistencia pública al tiempo de la separación o disolución matrimonial, un tribunal, con independencia de los términos del acuerdo, puede requerir a la otra parte a proveer del sustento necesario para evitar que dicha parte se encuentre en estas condiciones*".[99]

Hay que acotar también que algunos estados atienden con mayor recelo la anticipada renuncia o modificación a la pensión compensatoria por lo que han adoptado versiones modificadas de la UPAA para poner mayores límites a las estipulaciones sobre pensión compensatoria. Tal es el caso de los estados de Indiana[100] e Illinois,[101] cuyos ordenamientos permiten que, aun cuando los términos contractuales estipulados incluyan la renuncia anticipada, el tribunal pueda obligar al cónyuge liberado si validar el acuerdo ocasionaría al cónyuge renunciante grave perjuicio, a la luz de circunstancias

[98] Ravdin, *op. cit.*, pág. 81. Ese es el caso en veinticuatro de los veintisiete estados que han adoptado la UPAA.

[99] UPAA, *supra*, Sec. 6 (b) (según reproducido y traducido en Anguita Villanueva, *op. cit.*, pág. 323).

[100] Ind. Code secs. 31-11-3-1 y ss.

[101] 750 Ill. Comp. Stat. secs. 10/1-10/11

que no eran razonablemente previsibles al momento de la celebración del contrato.[102] Otros dos estados, Iowa[103] y Nuevo Méjico,[104] aun habiendo adoptado la UPAA, han establecido expresamente que el derecho a la pensión compensatoria no puede resultar adversamente afectado por un acuerdo prematrimonial.[105]

Dakota del Sur, por su parte, al adoptar su versión estatal de la UPAA eliminó completamente la referencia a la modificación o renuncia a la pensión compensatoria de la lista ejemplificativa de posibles contenidos de un acuerdo prematrimonial válido y tal silencio legislativo ha sido interpretado por el más alto foro estatal como una negativa a reconocerle validez a una renuncia anticipada.[106] Lo ocurrido en el estado de California es muy particular porque el tribunal entendió que la eliminación de la renuncia previa a la pensión compensatoria de la lista de posibles contenidos válidos de un acuerdo prematrimonial no tuvo el efecto de prohibir estipulaciones a esos efectos, por lo que no debía entenderse que tal renuncia era ineficaz *per se*.[107] No obstante, como se señaló en un apartado previo, la legislatura posteriormente enmendó la versión estatal de la ley uniforme para establecer la eficacia de los pactos prematrimoniales de renuncia anticipada a la pensión compensatoria solo si estos no resultan sustancialmente desproporcionados al momento de su cumplimiento o si la parte renunciante tuvo el debido asesoramiento legal independiente cuando se celebró el acuerdo.[108]

Se afirma que en los estados que no han adoptado la ley uniforme se observa una tradicional renuencia a reconocerle validez absoluta a la renuncia anticipada a la pensión compensatoria, como es el caso del estado de Kentucky.[109] Allí, por vía jurisprudencial, se ha establecido que el tribunal puede modificar un acuerdo de renuncia anticipada a la pensión compensatoria e imponerle a un ex cónyuge el pago de

---

[102] Véase Boetsma v. Boetsma, 768 N.E. 2d 1016 (Ind. Ct. App. 2002); Rider v. Rider, 669 NE 2d 160 (Ind. 1996).

[103] Iowa Code Ann. sec. 596.5(2) (1992).

[104] N.M. Stat. Ann. sec. 40-3A-(4B) (2006).

[105] Veáse, Iowa Code Ann. sec. 596.5(2) (1992); N.M. Stat. Ann. sec. 40-3A-(4B) (2006).

[106] S.D. Codified Laws secs. 25-2-16-25-2-25. La jurisprudencia previa a la adopción de la versión estatal de la ley uniforme prohibía la renuncia anticipada a la pensión compensatoria en un acuerdo prematrimonial e igual postura ha asumido la jurisprudencia posterior a la adopción de la normativa estatal que omitió tal posibilidad de los asuntos que pueden ser válidamente acordados en un pacto prematrimonial en previsión de ruptura. Véase Walker v. Walker, 765 NW 2d 747 (SD. 2009); Sanford v Sanford, 694 NW 2d 283 (SD 2005).

[107] In re Marriage of Pendleton and Fireman, 99 Cal Rptr. 2d 278, 5 P 3d 839 (Cal 2000).

[108] Cal. Fam. Code sec. 1612(c).

[109] Ellman, *op. cit.*, pág. 415.

ésta si tal renuncia resulta sustancialmente desproporcionada, injusta o irrazonable al momento en el que se exige su cumplimiento. [110]

Otro autor tiene una apreciación un tanto diferente del derecho vigente en el ámbito de los estados que no han adoptado la ley uniforme, ni en su versión original ni en una modificada, pues afirma que sólo en Mississippi parece que no sería vinculante para el tribunal, en un proceso de divorcio, la renuncia prematrimonial a la pensión compensatoria.[111] Por ello afirma categóricamente que en la mayoría de los estados que no han aprobado la ley uniforme las partes pueden renunciar o modificar la pensión compensatoria en un acuerdo prematrimonial y su eficacia estará sujeta a la autoridad judicial solo en circunstancias muy limitadas. Considera que esta es la tendencia moderna, reflejada tanto en los estados que han adoptado la ley uniforme como en aquellos que no lo han hecho, pues en sendos ámbitos se observa un estrechísima campo de acción para que el tribunal dé por ineficaz la renuncia, lo que a su juicio incluye, al menos para estados en los que se adoptado la ley uniforme en su versión original, la posibilidad de que las partes renuncien completamente a la pensión compensatoria o fijen su cuantía en un nivel muy por debajo de lo que el cónyuge renunciante recibiría en ausencia de pacto.[112] Con todo, advierte que en cuatro estados no está claramente resuelta aun la validez de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria en un acuerdo prematrimonial, si bien la casuística ha reconocido la validez de un acuerdo para prematrimonial para adjudicar los bienes matrimoniales en un proceso de disolución por divorcio.[113]

Sobre el asunto de cuáles son las circunstancias que implicarían que se abra la posibilidad de que se declare ineficaz la renuncia anticipada a la pensión compensatoria, hay que señalar que hay variación entre los estados en cuanto al grado de privación requerida para concluir que tal acuerdo es sustancialmente desproporcionado o injusto.

---

[110] Lane v. Lane, 202 S.W. 3d 577 (Ky. 2006). En este caso se entendió que había desproporción sustancial e inequidad en un acuerdo de renuncia anticipada de la esposa a la pensión compensatoria porque el esposo se hizo millonario durante el matrimonio, en gran medida, gracias a que la dedicación total de ella a la atención del hogar y la familia permitió que él se dedicara casi exclusivamente a su carrera profesional.

[111] Ravdin, *op. cit.*, pág. 83. Su análisis parece estar fundamentado en el caso de Mabus v. Mabus, 890 So. 2d 806 (Miss. 2003) en el que el tribunal establece que los criterios para determinar si procede la imposición de una pensión compensatoria aunque las partes hayan renunciado a ello en un pacto prematrimonial, son los mismos que se utilizarían si no existiera dicho acuerdo.

[112] Ravdin, *op. cit.*, p. 83.

[113] *Íd.*, pág. 87. Se refiere a los estados de Michigan, Vermont, Washington y Wyoming, en los que considera que la normativa está aún en desarrollo o no hay pronunciamientos contemporáneos sobre el asunto.

Ya se vio que la Ley Uniforme establece como medida para ello que el cónyuge renunciante quede en un estado de necesidad tal que lo haga elegible para la beneficencia estatal. No obstante, algunos estados han adoptado la UPAA con un criterio menos severo, pero igualmente contingente o ambiguo porque se refiere a que resulte en un perjuicio indebido para el cónyuge renunciante por circunstancias imprevisibles. Evidentemente ello conlleva un estándar de cambio en las circunstancias, por lo que habrá que hacer el examen a la luz de las circunstancias particulares de los cónyuges al momento en el que se exige el cumplimiento de la cláusula de renuncia.

Nótese que en los estados que han acogido el enfoque de segunda vuelta, como el tribunal viene llamado a evaluar si el acuerdo sigue cumpliendo con el requisito de ser sustancialmente justo al momento del divorcio –o no ser sustancialmente desproporcionado, que viene a ser lo mismo--, el juzgador tendrá la oportunidad de evaluar si la renuncia a la pensión compensatoria es eficaz al momento del divorcio. Así por ejemplo, se ha considerado que no es desproporcionado o injusto un acuerdo de renuncia a la pensión compensatoria que implique para un cónyuge renunciante la necesidad de volver a trabajar al momento del divorcio o la disminución en el estándar de vida al que estuvo acostumbrado constante matrimonio, pues se consideró que ello era previsible dada la enorme disparidad patrimonial existente entre las partes desde el comienzo de su relación.[114] Así también, se ha resuelto que ni la dependencia económica del esposo ni el hecho de que éste abandonó su empleo en su país de origen era suficiente para conseguir que se le impusiera a la exesposa la obligación de una pensión compensatoria por cambio en las circunstancias,[115] como tampoco lo fue el que la cónyuge renunciante fuera incapaz de valerse por sí misma puesto que al momento de la celebración del acuerdo prematrimonial ya presentaba problemas de salud, que previsiblemente empeorarían, y fue advertida por dos abogados para que no accediera a firmar el acuerdo.[116]

De otra parte, y sin pretensiones de exhaustividad, pues la casuística es abundante en este contexto, vale resaltar a manera de ejemplo de cambios en las circunstancias consideradas imprevisibles al momento de la celebración del acuerdo prematrimonial, el que un cónyuge, constante matrimonio, desarrolle una severa

[114] In re Marriage of Barnes, 324 Ill. App.3d 514, 755 N.E. 2d 522 (2001); Dipasquale v. Dipasquale, 199 Wis. 2d 123, 545 N.W. 2d 519 (1995).

[115] Gould v. Rafaeli, 822 S.W.2d 494 (Mo. Ct. App 1991).

[116] Hardee v. Hardee, 355 S.C. 382, 585 S.E. 2d 501 (2003).

condición de salud mental, alcoholismo, drogadicción o incapacidad para trabajar. [117] Si fuera necesario generalizar, cabría decir que aquellos estados que admiten la posibilidad de hacer una determinación de desproporción sustancial a base de un perjuicio menor que la elegibilidad para la beneficencia social, utilizan como criterio la medida necesaria para que el cónyuge renunciante quede por encima del umbral de desproporción pero sin llegar al nivel al que estaría en ausencia de pacto, lo que parece descartar que el cónyuge renunciante tenga derecho a una cuantía proporcional a la capacidad de pago del cónyuge obligado. Ello no ha obstado, sin embargo, para que se entienda pertinente el estándar de vida acostumbrado durante la vigencia del matrimonio a efectos de determinar cuáles son sus necesidades razonables.[118] De todas formas, desde una mirada más amplia se observa que la jurisprudencia estadounidense se muestra más dispuesta a declarar la ineficacia de una renuncia anticipada a la pensión compensatoria con base en el cambio dramático en las circunstancias al momento del divorcio que a hacer tal determinación respecto a la renuncia de un futuro cónyuge a sus derechos sobre el patrimonio matrimonial.[119]

También es menester señalar que los acuerdos de renuncia a la pensión compensatoria post divorcio en muchas ocasiones incluyen igualmente una renuncia anticipada a la obligación de sustento entre cónyuges, llámese pensión de alimentos o pensión asistencial. No obstante, se trata de una obligación distinta a la que surge como efecto del divorcio y que aquí viene denominándose genéricamente pensión compensatoria. Esa es la gran diferencia que presenta esta modalidad que ahora se discute, porque se trata de una obligación que existe mientras las partes estén casadas y que viene a estar íntimamente relacionada con los efectos personales del matrimonio, particularmente lo referente al deber conyugal de protección y ayuda mutua. El cuestionamiento de validez de una renuncia anticipada al derecho de pensión vigente durante el matrimonio puede manifestarse en diversas circunstancias, por ejemplo en una acción en la que un cónyuge discapacitado solicita la pensión aunque no medie una

[117] Lang. v. Lang, 275 Wis. 2d 878, 685 N.W. 2d 172 (2004).

[118] Ravdin, *op. cit*., pág. 86. De Mateo v. De Mateo, 436 Mass. 18, 762 N.E.2d 797 (2002); Lane v. Lane, 202 S.W.3d 577 (Ky. 2006). Este autor entiende, que la jurisprudencia tolera en este contexto la enorme disparidad de ingresos entre los cónyuges en el escenario postmatrimonial. Arzin v. Covello, 175 Misc. 2d 453, 669 N.y.S.2D 189 (Sup. Ct. 1998) es un caso en el que se establece que la diferencia entre el ingreso de la esposa de 750,000 y el de 25,000 del esposo no era suficiente para declarar la ineficacia de la renuncia anticipada que este hizo en el acuerdo prematrimonial. Lo mismo ocurrió, aunque con cantidades menores pero también dispares, en Newman v. Newman, 653 P.2d 728 (Colo. 1982).

[119] Thomas Oldham, *supra*, With all my worldly goods I thee endow, or maybe not: A reevaluation of the Uniform Premarital Agreement, sec. 107.

acción de separación o divorcio, o en el contexto más usual de una solicitud de pensión *pendente lite* como parte de un pleito de divorcio.[120]

Este asunto debe recibir un tratamiento diferente a la pensión post divorcio porque se trata, claramente, de una renuncia anticipada al derecho a exigir el cumplimiento de un deber conyugal, lo que lo que nos reconduce a la discusión planteada anteriormente en el sentido de si la concepción amplia del alcance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges puede abarcar incluso el cumplimiento de uno de los deberes conyugales más básicos. Ciertamente ello trae a colación nuevamente la necesidad de plantearse si ello cumple con el requisito de que los acuerdos no sean contrarios al orden público, lo cual sin duda plantea un matiz distinto cuando se trata de la obligación asistencial constante matrimonio.

Así parece defenderlo algún sector doctrinal estadounidense al afirmar que la política pública respaldada por la legislación que tipifica como delito el incumplimiento de la obligación de alimentos entre cónyuges, así como la legislación civil que establece igual responsabilidad lleva a concluir que un acuerdo prematrimonial a esos efectos no sobreviviría un cuestionamiento de su validez.[121] Otros advierten, sin embargo que alguna de la casuística invocada en apoyo de esa apreciación es anterior a la UPAA y a otras disposiciones legales, por lo que se inclinan a afirmar que en la mayoría de los estados, incluidos los que han adoptado la ley uniforme, no hay un precedente claro sobre la eficacia de una renuncia anticipada a la obligación asistencial constante matrimonio y por ende niegan que en la actualidad haya, como tal, una posición mayoritaria que rechace la validez de tal acuerdo.[122]

En relación con los estados que no han adoptado la UPAA también se advierte inconsecuencia en cuanto a este asunto, ya que sólo Pennsylvania y Nueva York han establecido precedente jurisprudencial validando expresamente la eficacia de la renuncia anticipada a una pensión *pendente lite* en la misma medida y circunstancias en las que validarían la renuncia anticipada a una pensión post divorcio. Incluso han extendido el mismo tratamiento a una estipulación mediante la cual se haya renunciado anticipadamente al pago de los gastos y honorarios legales en caso de ruptura. Es decir,

[120] Ravdin, *op. cit.*, pág. 90. También se ha planteado, aunque con menor frecuencia, en una acción de cobro contra un cónyuge por parte de un acreedor que haya suplido servicios al otro cónyuge, particularmente cuando se trata de servicios médicos o de alguna manera vinculados con las necesidades básicas del cónyuge solicitante".

[121] J. Fields, Forbidden Provisions in Prenuptial Agreements: Legal and Practical Considerations for the Matrimonial Lawyer, 21 J. Am. Acad. Matrim. Law. 413, 423 (2008).

[122] Ravdin, *op. cit.*, pág. 91.

que en estos estados la determinación sobre la validez de tal acuerdo no se distingue de la que el tribunal viene llamado a hacer cuando se cuestiona la eficacia del acuerdo prematrimonial de renuncia anticipada a la pensión compensatoria, entiéndase examinar su validez al momento del perfeccionamiento del contrato y determinar si no produce un resultado injustamente desproporcionado al momento de la disolución.[123] Otra casuística estatal, si bien ha validado en términos generales la renuncia anticipada a la pensión *pendente lite*, no ha abordado directamente la cuestión sobre las circunstancias específicas en las que procedería declararla ineficaz, con lo cual no podría descartarse que al menos en circunstancias extremas el tribunal estuviera dispuesto a ello.[124] En otros dos estados que de ordinario reconocen la validez de una renuncia anticipada a la pensión post divorcio se ha rechazado expresamente, sin embargo, que el ejercicio de la autonomía privada de los cónyuges pueda privar al tribunal de la facultad para emitir un dictamen que obligue a una parte a pagar una pensión asistencial a su cónyuge mientras esté vigente el vínculo matrimonial.[125]

Por último, en cuanto a si es oponible a tercero la renuncia anticipada de un cónyuge al derecho al sustento conyugal cuando es aquel quien reclama el pago de bienes o servicios prestados para satisfacer las necesidades ordinarias de éste mientras están casados, cabe señalar que la mayoría de los estados que han resuelto el asunto generalmente le han concedido un remedio al acreedor aunque no necesariamente reconozcan una causa de acción entre los cónyuges. Esas decisiones se han tomado, principalmente, con fundamento en la *necessaries doctrine* reconocida en el derecho común, e incluso codificada en algunos estados, que tradicionalmente responsabilizaba al esposo por las obligaciones incurridas para atender las necesidades esenciales de la esposa o la familia, responsabilidad que eventualmente se extendió a ambos cónyuges con independencia de su sexo.[126] Nótese que esa es cuestión distinta a la que se plantea

[123] Karkaria v. Karkaria, 592 A.2d 64 (Pa.1991); 184 Misc.2d 928, 710 N.Y.S.2d 765 (Sup. Ct. 2000).

[124] Ravdin, *op. cit.*, pág. 92. Cannon v. Cannon, 865 A.2d 563 (2 Md.005); Frey v. Frey, 471 A.2d 705 (Md.1984); Beal v. Beal, 88 P.3d 104 (Alaska 2004); Darr v. Darr, 950 S.W.2d 867 (Mo. Ct. App. 1997); Hawley v. Hawlye, 904 S.W.2d. 584 (Mo. Ct. App. 1995).

[125] Ravdin, *op. cit.*, pág 92. Langley v. Langley, 279 Ga. 374, 613 S.E.2d 614 (2005); Holiday v. Holiday, 358 So.2d. 618 (La. 1978); Hall v. Hall, 4 So. 3d 254 (La. Ct. App. 2009).

[126] Ravdin, *op. cit.*, pág. 94. La aplicación de la doctrina de las necesidades ordinarias se ha presentado usualmente en relación con la responsabilidad por el pago de gastos médicos. Véase Medical Business Assoc. v. Steiner, 588 N.Y.S.2d 890 (NY1992). No obstante, también se ha hecho extensivo a otros gastos considerados como esenciales, tales como los honorarios legales incurridos en la defensa de un cónyuge que enfrentó cargos penales. State of Idaho v. Suiter, 67 P.3d 1274 (Ct. App. 2003). En ese caso, a pesar de que existía un acuerdo prematrimonial con renuncia anticipada al sustento conyugal, se

al examinar en qué medida puede un cónyuge liberarse válidamente, frente al cónyuge renunciante, de la responsabilidad por las necesidades esenciales de éste durante el matrimonio, cuestión que no ha sido abordada directamente por la jurisprudencia estadounidense con mucha frecuencia.

Para RAVDIN, la cuestión parece que tiene que ser contestada en la negativa en vista de que la doctrina de las necesidades ordinarias ha sido diseñada para la protección de terceros acreedores y no para establecer derechos intraconyugales, lo que hace poco viable que la responsabilidad de sustento conyugal constante matrimonio que pueda existir al amparo de la ley aplicable al acuerdo prematrimonial pueda ser desplazada por pacto en contrario. No descarta, sin embargo, que una cláusula a esos efectos pueda proteger en alguna medida el patrimonio individual del cónyuge liberado en la eventualidad de que el cónyuge renunciante, por ejemplo, incurra en gastos médicos considerables. Pero ello presupone que la ley aplicable permita la renuncia anticipada a la obligación de sustento conyugal durante el matrimonio, en cuyo caso quedaría eximido el patrimonio individual del cónyuge liberado de la responsabilidad, al menos de la primaria, lo que supondría que el cónyuge renunciante sufrague sus propias necesidades básicas, al menos mientras tenga bienes suficientes en su caudal privativo.[127]

### 4. La nueva Ley Uniforme (UPMAA 2012)

Como se aprecia de la dilatada discusión sobre el tema de los desarrollos estadounidenses en materia de acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, cabe afirmar que en términos generales son un tipo contractual muy bien afincado en ese escenario jurídico, si bien resulta evidente también la falta de uniformidad entre los ordenamientos estatales. Pero esto último no ha impedido que se logren avances significativos en la generalización de algunos principios importantes, por lo que puede afirmarse con tranquilidad que está superada la noción de que un contrato en previsión de ruptura es contrario al orden público *per se* y que dicha postura ha sido reemplazada por la idea de que, atendidos ciertos intereses particulares sobre los cuales el derecho de

responsabilizó a la esposa por tales gastos, pues ello se entendió contrario a la ley estatal que imponía a los cónyuges el deber mutuo de sustento.

[127] Ravdin, *op. cit.*, pág. 94. Schlaefer v. Financial Management Services, 996 P.2d 745 (Ariz. 2000); Johnson v. Johnson, 811 SW.2d 822 (Mo. Ct. App 1991).

familia pretende ejercer una función tuitiva, la autonomía de la voluntad de los cónyuges debe hacerse valer en cuanto no choque aparatosamente con el orden público.

También parece estar asentada la idea de que además de aplicarles los parámetros de validez de la teoría contractual general, los acuerdos en previsión de ruptura se sometan a una serie de requisitos particulares en atención a la necesidad de proteger a los cónyuges en determinadas circunstancias. Así por ejemplo, queda claro que estará más garantizada la eficacia de un acuerdo en previsión de ruptura en cuya celebración se hayan observado las garantías procedimentales que aseguren un consentimiento informado y voluntario, si bien no hay un estándar único que lo defina. Del mismo modo, habrá menos riesgo de que se declare ineficaz un acuerdo en el que se toman medidas que aseguren que al momento de su cumplimiento el contenido sustantivo de lo estipulado no resulte sustancialmente desproporcionado, oneroso o leonino para la parte más débil del acuerdo, pero no se ha alcanzado un criterio unánime sobre la formulación normativa apropiada para lograrlo.

Ante ese panorama, influyentes voces académicas y profesionales han seguido demandando ulteriores esfuerzos para conseguir un mayor grado de uniformidad interestatal que aporte certeza jurídica y amplíe la capacidad de prever el escenario jurídico que enfrentarían las partes al defender, o no, la aplicabilidad de un acuerdo prematrimonial cuando se encuentren ya en el escenario de la disolución del vínculo matrimonial. Recuérdese que si bien la UPAA ha sido adoptada en cerca de la mitad de los estados, la mitad de éstos, a su vez, han adoptado versiones con modificaciones importantes pero no necesariamente armonizables entre sí. Ello, unido al hecho de que la otra mitad de los estados no la adoptó en ninguna modalidad, pone de manifiesto que en algunos aspectos muy importantes dicha ley uniforme se aparta de principios de orden público vitales para la validez de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Todo eso, ciertamente, sirvió de base para que la Comisión de Ley Uniforme le abriera paso a la discusión que desembocó en la aprobación de una nueva ley uniforme en el año 2012.[128]

[128] B. A. Atwood & B. H. Bix, supra, A New Uniform Law for Premarital and Marital Agreements, 46 Family Law Quarterly 313, 323 (2012). En este apartado seguimos, fundamentalmente, el esquema de discusión utilizado por los catedráticos Atwood y Bix en el citado artículo. Ello responde, primero, a que como la UPMAA es de reciente aprobación, es muy escasa la bibliografía jurídica que la discute. Segundo, su análisis es muy valioso ya que ambos participaron activamente en el proceso de redacción y aprobación de la ley uniforme, pues fungieron como Directora y *Rapporteur* respectivamente del Comité de Redacción de la UPMAA. En la actualidad la UPMAA solo ha sido adoptada en Colorado y North Dakota, si bien está presentada y pendiente de aprobación en el Distrito de Columbia y en Misisipi. Puede

De entrada se impone la necesidad de resaltar que la *Uniform Marital and Premarital Agreements Act*, en adelante, UPMAA, tiene un mayor alcance que su predecesora UPAA, pues ésta aplicaba solo a los acuerdos celebrados con anterioridad al matrimonio, los llamados acuerdos prematrimoniales, denominados en inglés como *premarital agreeements* o *prenuptial agreements*. Así, quedaba claramente fuera del ámbito de aplicación de la anterior ley uniforme todo lo referente a la validez y eficacia de los acuerdos celebrados por las partes constante matrimonio, bien en el escenario mismo de la crisis disolutoria o ausente ésta.

La nueva ley, en cambio, sí aplica a los acuerdos matrimoniales o *marital agreements,* siempre que se trate de acuerdos celebrados por los cónyuges fuera del escenario de crisis matrimonial. Es decir si bien se extendió el ámbito de aplicabilidad de la ley uniforme a los acuerdos celebrados durante el matrimonio, la nueva ley uniforme sigue dejando deja fuera de su alcance los acuerdos matrimoniales que hagan los cónyuges una vez están ya inmersos en el proceso disolutorio del vínculo conyugal (*separation agreements*), así como los acuerdos para regular la convivencia no matrimonial. La nueva ley aclara, sin embargo, que su aplicabilidad extendida al ámbito de los acuerdados matrimoniales está, a su vez, limitada a aquellos en los que se afirma, modifica o renuncia un derecho u obligación marital, dejando fuera cualquier otro acuerdo conyugal celebrado en el curso ordinario de la economía matrimonial.

El resultado inmediato de la ampliación del alcance de la ley uniforme para incluir tanto los acuerdos prematrimoniales como los matrimoniales es que deja claro entonces que la única diferencia entre estos es el momento en el que se celebran, pero que ello no necesariamente amerita un tratamiento jurídico distinto. Esa apreciación no debe sorprender, pues esa fue siempre la posición asumida por los Principios ALI, que desde su promulgación en el 2002 han extendido su aplicación, como se explicó antes, no solo a los acuerdos matrimoniales sino también a un espectro mucho más ancho que alcanza también los acuerdos de separación y los acuerdos de convivencia no matrimonial.

La realidad actual en el derecho estadounidense es que en este ámbito del tratamiento jurídico a los acuerdos matrimoniales tampoco hay uniformidad de criterio a

---

accederse al texto de la nueva ley uniforme y toda la documentación relacionada en http://www.uniformlaws.org./

nivel estatal. De un lado, algunos estados aplican a los acuerdos matrimoniales la misma normativa que a los acuerdos prematrimoniales, pero muchos otros regulan más rigurosamente las cuestiones relativas a la validez de los acuerdos matrimoniales, tanto en cuanto a las exigencias procedimentales como a los requisitos sustantivos, e incluso el estado de Ohio sencillamente invalida *a priori* cualquier acuerdo matrimonial celebrado en previsión de una crisis futura.[129]

Se ha reconocido que los cuestionamientos fundamentales sobre la validez de los acuerdos matrimoniales están aún sin resolver pues todavía son objeto de intenso debate tanto en los foros legislativos estatales como en los judiciales.[130] Históricamente los argumentos para mirar con sospecha los acuerdos celebrados constante matrimonio han sido la idea de la naturaleza inmutable del estatus matrimonial, reflejada normativamente en la prohibición de contratación entre cónyuges, así como el rechazo a su validez por falta de consideración si esta consiste de una obligación que de todas maneras se debe por virtud del matrimonio mismo. Una tercera y más comúnmente acogida fundamentación para el tratamiento distinto para los contratos matrimoniales es aquella que postula que el matrimonio hace surgir una relación confidencial o fiduciaria entre los cónyuges, criterio este que en alguna medida también ha sido esbozado como fundamento para reclamar criterios de validez distintos para los acuerdos prematrimoniales.[131]

De otra parte, se afirma que algunos estados han abandonado esos fundamentos que parten de una visión paternalista para acercarse, en mayor o menor grado, a una posición favorecedora de la validez de los acuerdos matrimoniales, e incluso algunos ya habían extendido expresamente la aplicabilidad de la UPAA a los acuerdos matrimoniales por la vía legislativa o su jurisprudencia había dado paso a la libertad contractual en el ámbito de los contratos entre cónyuges:[132]

> La Corte Suprema de Pennsylvania, por ejemplo, extendió la lógica de *Simeone* al contexto postnupcial en *Stoner v. Stoner*. En

[129] Atwood y Bix, *op. cit.*, pág. 324.

[130] *Íd*. Para un análisis detallado de la normativa sobre contratos matrimoniales véase, B. Atwood, Marital Contracts and the Meaning of Marriage, 54 Ariz. L. Rev. 11 (2012).

[131] Véase C. Kirt Ulfers, Is a postmarital agreement in your best interest? Why Louisiana Civil Code article 2329 should let you decide, 75 La. L. Rev. 1399 (2015).

[132] Atwood y Bix, *op. cit.*, pág. 327-328. Los autores aclaran que aunque se trataba de un acuerdo de separación, las expresiones y el razonamiento del tribunal es suficientemente amplio para incuir los acuerdos matrimoniales. Stoner v. Stoner, 819 A.2d 529 (Pa. 2003); In re Estate of Smid, 756 N.W.2d 1 (SD. 2008).

> reconocimiento de la relación de confianza mutua y fiduciaria que ocupan los cónyuges, la corte sí requirió divulgación financiera completa entre los esposos, pero no llegó a requerir que un cónyuge actúe con conocimiento de los derechos a los que está renunciando. Según explicó el tribunal:
>
> Declinamos resucitar los enfoques paternalistas para evaluar los contratos matrimoniales que requieren que Esposo explique a Esposa los derechos a los que puede estar renunciando. Tal enfoque asume que Esposa carece de la inteligencia o la habilidad para proteger sus propios derechos. En su lugar endosamos los derechos de las partes para contratar libremente…" (citas omitidas)

La UPMAA parece partir de la idea de que la fiducia y la confidencialidad en la que se fundamenta la visión más tradicional del matrimonio pueden quedar protegidas con ciertos mecanismos normativos, sin necesidad de llegar a descartar de plano la validez de los acuerdos matrimoniales. Así lo entendió desde el inicio la Comisión de Ley Uniforme, pues tenía muy claro que enfrentaba el gran reto de diseñar un esquema legislativo que promueva y adelante la libertad contractual y la certeza jurídica, pero que también provea garantías que atiendan a la naturaleza particular de la relación matrimonial en su formulación contemporánea que parte de la igualdad de derechos y capacidades de los cónyuges.[133]

La Comisión de Ley Uniforme tenía como objetivo adicional superar ciertas inconsistencias existentes entre diversas leyes uniformes promulgadas previamente por el organismo en relación con los acuerdos prematrimoniales vis a vis los matrimoniales, lo que le planteaba la necesidad de decidir, de entrada, si unificaba los estándares de validez y eficacia para ambos tipos de acuerdos.[134] Además, los redactores de la nueva ley uniforme estaban muy conscientes de que el modelo alterno propuesto en los Principios ALI, si bien no había sido adoptado formalmente en ningún Estado, había ganado terreno en la normativa estatal, tanto por la vía judicial como por la legislativa. Recuérdese que, como antes discutimos, el enfoque que recogen los principios ALI se aparta marcadamente de la UPAA en cuanto se decanta por un mejor acomodo entre la autonomía contractual amplia y el tutelaje de ciertos intereses meritorios de protección

[133] Atwood y Bix, *op. cit.*, pág. 328.

[134] *Íd*. Pág. 328-329. Uno de los ejemplos específicos a los que se refiere es que la *Uniform Marital Property Act* (UMPA) establece un estándar de validez más riguroso para un acuerdo celebrado durante el matrimonio que el exigido por la UPAA para los acuerdos prematrimoniales. Su apreciación se basa en que la sección 10 de la UPMA establece que un acuerdo celebrado durante el matrimonio es ineficaz si el cónyuge que lo impugna demuestra que el acuerdo no se celebró voluntariamente, que el acuerdo era leonino o desproporcionado (*unconscionable*) cuando se celebró, o que no hubo divulgación financiera adecuada, pero a la misma vez sigue a la UPAA al requerir ambos, la desproporción sustancial y la falta de divulgación financiera para impugnar los acuerdos prematrimoniales.

particular porque se originan en el contexto de una relación jurídica de familia. Más concretamente, las siguientes normas de los Principios ALI demuestran un enfoque menos obsesionado con la certeza jurídica y la libertad de contratación: (1) el peso de probar que hubo consentimiento informado y voluntario lo tiene la parte que reclama el cumplimiento del acuerdo; (2) cuando una parte no tiene representación legal independiente se requiere una declaración expresa de los derechos o acciones a los que está renunciando; (3) se requiere una evaluación de la justicia sustantiva de los términos del acuerdo y por ende se le permite a la parte impugnante demostrar que el cumplimiento de lo acordado le produciría una injusticia sustancial; (4) se establecen *a priori* una serie de circunstancias que serían suficientes para demostrar la injusticia sustancial.[135]

Así sintetizado el panorama general en el que dio comienzo el proceso de redacción, deben examinarse ahora las características principales de la Ley Uniforme de Acuerdos Prematrimoniales y Matrimoniales según fue aprobada finalmente "con el propósito de brindar claridad y consistencia a una serie de acuerdos entre cónyuges y futuros cónyuges".[136]

### 4.1 Definiciones, alcance y contenido posible

La nueva ley es de aplicación tanto a los acuerdos prematrimoniales como a los que se hacen vigente el matrimonio, y estos sólo quedan diferenciados por el momento en el que se celebran. Eso hizo necesario hacer referencia en la sección de definiciones a que el acuerdo prematrimonial se hace entre partes que tienen la intención de contraer matrimonio, mientras que el contrato matrimonial se hace entre cónyuges que tienen la intención de mantenerse casados. Tales definiciones también aclaran, convenientemente, que para efectos de la aplicación de la ley el término acuerdo matrimonial incluye una enmienda que se haga a un acuerdo prematrimonial después que las partes han contraído matrimonio y, claro está, cualquier enmienda que se haga a un acuerdo matrimonial constante matrimonio. Igualmente, en la definición de acuerdo

[135] *Íd*. Pág. 330. La autora lo admite con candidez al afirmar que el Tribunal Supremo de Massachusetts se apoyó en la doctrina promulgada por el *American Law Institute* al resolver el caso Ansin v. Craven-Ansin, 929 N.E.2d 955, (Mass. 2010), así como también la legislatura de California enmendó su versión de la UPAA para adoptar algunos principios que eventualmente estuvieron incluidos en los Principios ALI.

[136] Nota Preliminar, UPMAA, pág. 7.

prematrimonial se establece que está incluida expresamente una enmienda al acuerdo si esta se hace antes de la celebración del matrimonio.[137]

En lo demás, ambos tipos de acuerdo reciben el mismo tratamiento, pero hay que enfatizar que la ley se ocupa muy bien, a su vez, de limitar su alcance a acuerdos que afectarán un *derecho u obligación marital* durante el matrimonio o en ocasión de la eventual separación, divorcio, o muerte de uno de los cónyuges, o la ocurrencia, o no, de algún otro evento. Esta demarcación es de suma importancia porque la ley uniforme quiere dejar claro cuáles acuerdos cobija y a esos efectos fija su alcance a aquellos que afirman, modifican o renuncian los *derechos u obligaciones* establecidos por el régimen legal supletorio aplicable en defecto de pacto y que nacerían por efecto del matrimonio. Para ello la nueva ley inserta una definición de *derecho u obligación marital*, que viene a sustituir la lista de contenidos posibles que tenía la ley uniforme anterior, ya antes discutida.

A esos efectos se refiere a cualquiera de los siguientes derechos u obligaciones que surgen entre los cónyuges por razón de su estado matrimonial: (a) pensión conyugal (b) derecho de propiedad, incluida su clasificación, gestión o administración y titularidad (c) responsabilidad por deudas (d) derecho de propiedad y responsabilidad por deudas en la eventualidad de separación, divorcio o muerte de uno de los cónyuges (e) pago de costas y honorarios de abogado.[138]

Es importante resaltar, además, que a través de la utilización de definiciones precisas, por implicación, podría deducirse que los efectos de la nueva ley uniforme no alcanzan los pactos de convivencia ni los acuerdos a los que llegan los cónyuges una vez ha surgido la crisis matrimonial. No obstante, y para que no quede duda de ello, en la sección que le sigue a la de las definiciones, la UMPAA establece expresamente su inaplicabilidad a (1) un acuerdo entre cónyuges que afirme modifique o renuncie un derecho u obligación marital y requiera aprobación judicial para su efectividad o (2) un acuerdo entre cónyuges que quieren obtener la disolución matrimonial o la separación legal y que se celebra cuando ya está pendiente el proceso disolutorio o se anticipa éste. Pero, más importante aún, queda claro que la UMPAA no desplaza la normativa aplicable a otros contratos entre cónyuges que puedan surgir en el curso ordinario del matrimonio y mucho menos afecta los derechos de terceros.[139]

---

[137] UPMAA, *supra*, Secs. 2(1), 2(2) y 2(5).

[138] UPMAA, *supra*, Sec. 2(4).

[139] UPMAA, *supra*, Sec. 3(c) y (d).

Ciertamente, el modelo que acaba de describirse es distinto del que usa la ley anterior para delimitar su alcance y aplicación, pero puede afirmarse que ambas versiones de la ley uniforme llevan básicamente al mismo resultado en cuanto respecta al objetivo primordial de delimitar el contenido de los acuerdos que estarán sujetos a la ley uniforme. En la UMPAA, ese objetivo se cumple de manera más precisa, principalmente porque además de lo establecido en las secciones 2 y 3, queda reforzado por la sección 10 que viene a establecer con claridad qué asuntos o contenidos serían ineficaces por violentar el orden público, aunque se pacten en el acuerdo. A esos efectos la nueva ley recoge algunos de los principios que tenía la ley anterior, como la exigencia de que el acuerdo no afecte el derecho de alimentos de los hijos, pero además aporta innovaciones en cuanto hace referencia expresa a que serán ineficaces las estipulaciones que limiten los remedios disponibles para las víctimas de violencia doméstica; las que modifiquen las causas de disolución matrimonial establecidas en el ordenamiento estatal o las que impongan penalidades por iniciar dicho proceso. Es igualmente novel en la ley uniforme la referencia expresa a los asuntos relativos a la patria potestad y custodia de los hijos, que si bien la nueva ley no rechaza de plano que estipulen, deja claramente establecido que ello no vincula al tribunal al hacer determinaciones esa materia.[140] Aunque estas referencias no tienen paralelo expreso en la ley uniforme anterior, sí cabían en la cláusula general de ineficacia por contravención del orden público que recogía la sección 3(a)(8) de la UPAA. No obstante, el nuevo enfoque es más acertado porque anticipa con claridad qué asuntos se estiman contrarios al orden público y por ende ineficaces, lo que reduce en gran medida la discreción judicial. En ese respecto la nueva ley uniforme acoge el enfoque de los Principios ALI que, como se vio, enumera claramente los acuerdos que se consideran inválidos *a priori* por razón de la materia que pretenden regular.

Por último, hay que señalar que el objetivo de esta Sección 10 de la UMPAA es diferente a la Sección 3 antes discutida pues esta lo que pretende es identificar otros acuerdos matrimoniales que quedan fuera del alcance de la ley uniforme, mientras aquella pretende señalar cuáles estipulaciones particulares no serán vinculantes para el tribunal aunque hayan sido incluidas en un acuerdo al que sí le aplica la ley uniforme. Es de notar también que este nuevo enfoque distingue en cuanto al valor que le dará a una estipulación sobre asuntos de patria potestad y custodia de los hijos, porque en lugar

[140] UPMAA, *supra*, Sec. 10. Véase, J. Parness, Parentage Prenups and Midups, 31 Ga. St. U. L. Rev. 343. (2015).

de adelantar un criterio de ineficacia total, como hace con los otros cuatro asuntos que ya mencionamos, se limita a establecer que una estipulación a esos efectos no vinculará el criterio del tribunal, con lo que deja abierta la posibilidad de que lo acordado sí pueda utilizarse de manera orientadora para guiar la discreción del juzgador.

Por último, llama la atención también que en este contexto de cuáles estipulaciones están fuera del alcance de la autonomía de la voluntad de las partes los redactores de la nueva ley uniforme no se aventuraron a anticipar o promover categóricamente un criterio único en cuanto a la validez de una estipulación que regule la conducta personal de los cónyuges o el incumplimiento de los deberes maritales que trascienden las obligaciones puramente económicas. Nótese que eso no está incluido directamente entre los asuntos que *a priori* son ineficaces y tal omisión no parece haber sido inadvertida. En el comentario de la Sección 10 se expresa que la ley no incursiona en ese asunto *en parte* debido a que es uno en el que no hay un precedente claro o una tendencia única, si bien reconoce que hay consenso general en la jurisprudencia de que no deben validarse estipulaciones sobre las obligaciones personales de los cónyuges. Se afirma que la UPMAA no atiende directamente la validez de estipulaciones reguladoras de la conducta de los cónyuges durante el matrimonio porque algunos tribunales sí han validado acuerdos prematrimoniales en los que se regula un tipo particular de conducta matrimonial, léase la exigencia de que las partes cooperen en la obtención de un divorcio religioso o el acuerdo de que comparecerán a un panel de arbitraje religioso.[141]

No convence del todo la justificación expresada por los redactores para no atender el asunto directamente, si bien desde un punto de vista práctico se entiende perfectamente que los redactores no hayan querido incursionar en un campo en el que presumiblemente hubiese sido difícil lograr consenso, distinto por ejemplo al de las estipulaciones sobre los asuntos de los hijos, en donde ha prevalecido históricamente un criterio único de ineficacia en la medida en que el contenido de los acuerdos sea contrario al mejor interés del menor. Hay que tomar en cuenta también que cualquier propuesta de ley uniforme tiene como objetivo último que la mayor cantidad de estados la adopten y desde ese punto de vista, ciertamente, puede haber consideraciones prácticas que trasciendan algunas discusiones de gran valor académico. De todas

[141] UPMAA, *supra*, Sec. 10. Eso precisamente fue lo que ocurrió en Avitzur v. Avitzur, 446 N.E.2d 136 (NY. 1983). Otra justificación invocada para que la UPMAA no entrara expresamente en el asunto es que, si bien algunos tribunales han validado la renuncia de las partes al divorcio culposo (aunque en el contexto de un acuerdo de separación), no parece haber jurisprudencia que valide una estipulación para renunciar al divorcio sin culpa.

formas, aunque sea de manera indirecta la nueva ley uniforme atiende el asunto de la conducta personal de los cónyuges al menos en cuanto esta se vincule al escenario de violencia doméstica, a la modificación de las causas de divorcio o a la penalización de una parte por iniciar el proceso disolutorio.

Llama la atención también que en el comentario sobre la lista de estipulaciones ineficaces contenida en la citada Sección 10 se hace referencia a los acuerdos entre cónyuges con cláusulas escalonadas que modifican los derechos de propiedad de los cónyuges en función de la duración del matrimonio. Aunque la referencia es una muy general, sí reconoce que es común la inclusión de ese tipo de cláusulas y cita con aprobación cierta jurisprudencia que rechazó el argumento de ineficacia por contravención del orden público.[142] Así, parece que los redactores están de acuerdo con ese razonamiento pues afirman claramente que el inciso (b)(4) de la Sección 10 que advierte la ineficacia de una estipulación que penalice a una parte por iniciar el proceso de divorcio no aplica a ese tipo de cláusula escalonada. También se indica que lo dispuesto en la Sección 10 en nada afecta el derecho de las partes de optar por contraer un matrimonio con pacto o *covenant marriage* en aquellos estados en los que está disponible esa alternativa.[143]

De todas formas, la enumeración que hace la Sección 10 no es exhaustiva pues queda claro también que otras estipulaciones contrarias al orden público pudieran ser igualmente ineficaces al amparo de la referencia que hace la Sección 5 de la UPMAA a los *principios de ley y equidad* como normativa supletoria para los asuntos que no estén expresamente atendidos por la ley uniforme. Sobre este particular hay que señalar que la ley uniforme anterior no tenía un artículo paralelo a este, que estableciera expresamente la aplicación suplementaria de los principios de ley y equidad, aunque había consenso general de que así era. Parece muy acertado que la nueva ley uniforme así lo disponga expresamente, pues queda atendida la preocupación de los redactores de que las partes contratantes o los operadores jurídicos asumieran, por ejemplo, que las defensas disponibles en sede de la doctrina contractual general quedan desplazadas por lo dispuesto en la UPMAA, como ley especial. Los propios redactores conceden que esa preocupación es consecuencia de que la nueva ley uniforme contiene defensas "*amplias y amorfas*" para impugnar la eficacia de los acuerdos, particularmente en cuanto respecta al requisito de voluntariedad y a la defensa de desproporción sustancial entre

[142] Peterson v. Sykes-Peterson, 37 A.3d 173 (Conn. 2012).

[143] UPMAA, *supra*, Sec. 10.

las partes. Por tal razón quisieron dejar claro que a los acuerdos prematrimoniales o matrimoniales también les aplican las normas de ley, convencionales o de equidad en aquello que no esté atendido en la ley uniforme, por lo que las partes también tienen disponibles las defensas de falta de capacidad, intimidación, influencia indebida, fraude, etc., según disponga el ordenamiento estatal correspondiente.[144]

### 4.2 Forma, contraprestación y efectividad

La UPMAA no altera los requisitos de forma que ya estaban atendidos en la anterior ley uniforme, con lo cual se sigue la norma, aceptada casi unánimemente entre los estados, de exigir la forma escrita para los acuerdos prematrimoniales, haciéndola extensiva ahora a los acuerdos matrimoniales debido a la nueva estructura que sigue la ley uniforme. Según se discutió anteriormente al abordar la discusión sobre la forma, algunos casos aislados han sostenido la validez de un acuerdo prematrimonial verbal y al menos un estado ha permitido que un acuerdo prematrimonial sea enmendado o rescindido por las acciones de las partes aunque no lo hayan acordado por escrito. Incluso, un tribunal reconoció la eficacia de un acuerdo verbal en el que la pareja acordó que si llegaban a procrear el acuerdo prematrimonial suscrito previamente entre ellos quedaría sin efecto. Conscientes de ello, los redactores afirman directamente que aunque la nueva la ley uniforme mantiene la regla tradicional de requerir la forma escrita, los estados siguen teniendo espacio para interpretar y desarrollar sus propias doctrinas de equidad para casos excepcionales, al amparo de la Sección 5 que, como acabamos de discutir en el apartado anterior, deja claro el carácter supletorio de los principios de ley y equidad.[145]

Como puede apreciarse, la nueva ley uniforme mantiene, al igual que su predecesora, un nivel mínimo de formalismo pues no requiere la presencia de testigos ni tampoco impone exigencias particulares de notificación, notariales o registrales, como

[144] UPMAA, *supra*, Sec. 5. Aunque es nueva en la UPMAA, la incorporación por referencia de la normativa contractual general ya tenía precedente en otras leyes uniformes aprobadas por la propia Comisión de Ley Uniforme, tales como el *Uniform Trust Code*, Sec. 106 (2010) y el Uniform Commercial Code (Sec. 1-103) (2001). La necesidad de hacer referencia al carácter supletorio de la ley y la equidad se pone de manifiesto a la luz de alguna jurisprudencia estatal que, por ejemplo, había resuelto que las defensas de fraude y coerción no estaban disponibles para impugnar la eficacia de un acuerdo prematrimonial por entender que las defensas enumeradas en la UPAA eran exclusivas y por ende desplazaban la aplicación de otras normas. Atwood y Bix, *op. cit.*, pág. 338.

[145] Comentario de la UPMAA, sec. 9.

hacen algunos estados que sí exigen en su normativa mayor formalidad.[146] En tal sentido se alinean también, como se vio, con los Principios ALI al requerir solo la forma escrita para que sea eficaz el acuerdo prematrimonial o matrimonial.

Otro aspecto en el que se reafirma la nueva ley uniforme es en el reconocimiento de validez de los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales sin necesidad de que haya contraprestación.[147] En este sentido la UPMAA promueve como criterio uniforme lo que ha defendido la doctrina mayoritaria, aun con anterioridad a la promulgación de la primera ley uniforme, pues tradicionalmente se ha aceptado que en los acuerdos prematrimoniales la promesa mutua de contraer matrimonio y su posterior celebración es contraprestación suficiente.[148] De hecho, a igual resultado se llega al aplicar integradamente la sección 7 de la UPMAA que establece que la efectividad del acuerdo prematrimonial comienza con el matrimonio.[149]

Lo cierto es que la cuestión de la exigencia o no de contraprestación como requisito para la validez de un acuerdo celebrado constante matrimonio es un poco más discutible, pues no es un asunto unánimemente superado ya que algunos estados sí requieren que en los acuerdos matrimoniales medie contraprestación válida.[150] Consecuentemente, eso trae consigo la posibilidad de que los tribunales entren a valorar si los cónyuges se hacen concesiones mutuas o si, por ejemplo, la posposición del inicio de la acción de divorcio debe considerarse suficiente contraprestación. Se afirma que el comité de redactores deliberadamente decidió no entrar en tales cuestiones, por lo que la nueva ley uniforme se decantó por la posición promovida por los Principios ALI y por la Ley Uniforme de Propiedad Matrimonial al postular que los contratos matrimoniales válidos, al igual que los prematrimoniales, tampoco pueden ser invalidados por falta de contraprestación. Eso no significa que no estuvieran los redactores conscientes de que la exigencia de contraprestación muy a menudo se utiliza para lograr los objetivos de las

---

[146] Ese es el caso en el estado de Nueva York, donde la ley requiere la autenticación de las firmas de las partes (N. Y. Dom. Rel. Law Sec. 236 (B)(3)) y en Arkansas, donde además se requiere al menos un testigo firmante (Ark. Code Ann. Sec. 9-11-301). Arkansas además requiere la inscripción en el registro del lugar donde están sitos los inmuebles que se afecten por el acuerdo (Ark. Code Ann. Sec. 9-11-303), y así también lo requiere la ley en el estado de (Idaho Code Sec. 32-917).

[147] UPMAA, *supra*, Sec. 6.

[148] En igual sentido se manifiestan los Principios ALI, Sección 7.01.

[149] UPMAA, *supra*, Sec. 7: *Un acuerdo prematrimonial se hace efectivo con el matrimonio. Un acuerdo matrimonial es efectivo cuando lo firman ambas partes*. Valga resaltar que los redactores dejan aclarado que esta disposición no impide que las partes acuerden que algunas de las cuestiones pactadas tengan vigencia en un momento posterior al inicio del matrimonio o, por el contrario, que tengan vigencia al celebrarse el matrimonio pero la pierdan en un momento posterior. Comentario de la UPMAA, sec. 9.

[150] Atwood y Bix, *op. cit.*, pág. 338.

políticas contractuales que persiguen una negociación justa, lo que ocurre es que los redactores consideran que la UPMAA logra los mismos propósitos por vía de otros mecanismos que brindan las protecciones necesarias para asegurar que la contratación entre los cónyuges se dé en un plano justo y balanceado.[151]

Es certero el criterio que hace desaparecer la distinción entre los acuerdos prematrimoniales y aquellos celebrados a los mismos fines pero constante matrimonio, sobre todo porque nos parece que armoniza más con un sistema divorcista que casi unánimemente ha descausalizado el proceso disolutorio para proveer a las partes el derecho a solicitar la terminación del vínculo matrimonial libremente. Además porque es consecuente con la nueva estructura de la ley uniforme que proyecta su aplicación a ambos tipos de acuerdos por igual en el entendido de que las preocupaciones sobre voluntariedad o desproporción están mejor atendidos con otros mecanismos.[152]

### 4.3 Validez y eficacia

La crítica generalizada a la ley uniforme anterior giraba en torno a su limitado enfoque al apreciar la validez de los acuerdos, pues enfatizaba la evaluación de la *justicia procedimental* sin darle atención particular a ciertos asuntos relacionados con la eficacia del acuerdo, principalmente lo que atañe a las circunstancias en las que se perfecciona el contrato y a cómo éstas hayan podido cambiar al tiempo de exigir su cumplimiento. Así, la crítica doctrinal mayoritaria puntualizaba la necesidad de una reformulación de la ley uniforme que atendiera a ciertas cuestiones particulares que presentan los acuerdos prematrimoniales que ameritan unas salvaguardas especiales que no necesariamente se exigen en los contratos ordinarios. En gran medida, los casi treinta años de experiencia de los tribunales, las múltiples formulaciones legislativas estatales y la crítica doctrinal incisiva sobre el asunto allanaron el camino para que la Comisión de Ley Uniforme decidiera regresar a la mesa de trabajo a intentar atender tales reclamos. Por tal razón, no debe sorprender a nadie que los cambios más significativos que refleja la nueva ley uniforme se concentren en el tema de la eficacia de los acuerdos, aunque, como se verá, no todos los sectores quedaron complacidos.

Al igual que su predecesora, la disposición pertinente de la UPMAA comienza por establecer expresamente el requisito de consentimiento voluntario para la validez

[151] *Íd.*

[152] Comentario de la UPMAA, *op. cit.*, sec. 9.

del acuerdo prematrimonial y le pone el peso de la prueba al cónyuge que lo impugna. Sin embargo, la nueva formulación dispone que la parte impugnante deberá probar que dio su consentimiento involuntariamente *o* como producto de la coerción a la que estuvo sometida, con lo que claramente abre la puerta para que el juzgador entre a valorar otras circunstancias que rodearon el perfeccionamiento del acuerdo. A renglón seguido enumera otras tres bases autónomas de impugnación, a saber, la falta de acceso a representación legal independiente; la falta de una explicación de los derechos a los que estaba renunciando la parte impugnante o la ausencia de una advertencia conspicua de que ésta estaba renunciando a sus derechos, para el caso en que no haya estado asistida por un abogado independiente al momento de firmar el acuerdo; o la falta de divulgación financiera adecuada. Por la gran importancia que reviste el reformulado artículo sobre eficacia de los acuerdos en la UPMAA, vale la pena transcribirlo:

> **Sección 9. Eficacia.**
>
> (a) Un acuerdo prematrimonial o matrimonial es ineficaz si la parte contra la que se exige su cumplimiento demuestra que:
>
> (1) el consentimiento dado por esa parte fue involuntario o producto de la coerción a la que fue sometida;
>
> (2) la parte no tuvo acceso a representación legal independiente según definido en la subsección (b);
>
> (3) el acuerdo no incluyó un aviso o advertencia (*notice*) de renuncia de derechos según definido en la subsección o una explicación en lenguaje sencillo de los derechos u obligaciones maritales modificados por el acuerdo o renunciados en éste; o
>
> (4) antes de firmar el acuerdo, la parte no recibió adecuada divulgación financiera según definida en la subsección (d).
>
> (b) Una parte tiene acceso a representación legal independiente si:
>
> (1) antes de firmar el acuerdo prematrimonial o matrimonial, la parte tiene un tiempo razonable para:
>
> (A) decidir si contratará a un abogado como representante legal independiente; y
>
> (B) localizar a un abogado que le provea representación legal independiente, obtener su asesoramiento, y reflexionar sobre éste; y
>
> (2) la otra parte está representada por abogado y la parte tiene capacidad económica para contratar a un abogado o la otra parte acepta pagar los honorarios y gastos razonables de la representación legal independiente.
>
> (c) Una advertencia de renuncia de derechos al amparo de esta sección requiere que se incluya conspicuamente un lenguaje similar al siguiente, según aplique al acuerdo prematrimonial o matrimonial:
>
> "Si usted firma este acuerdo, podría estar:

- Renunciando a su derecho a recibir sustento de su cónyuge o futuro cónyuge.
- Renunciando a su derecho de titularidad o disposición de dinero o propiedad.
- Aceptando pagar deudas y obligaciones de su cónyuge o futuro cónyuge.
- Renunciando a su derecho a recibir dinero y propiedades si se disuelve su matrimonio o muere su cónyuge.
- Renunciando a su derecho a que le paguen sus honorarios legales."

(d) Una parte obtiene divulgación financiera adecuada al amparo de esta sección si:

(1) recibe una descripción razonablemente precisa y un estimado de buena fe del valor del patrimonio, deudas e ingreso de la otra parte;

(2) renuncia expresamente, en documento firmado separado, al derecho a una divulgación financiera mayor que la recibida; o

(3) tiene conocimiento adecuado de la información descrita en el párrafo (1) o una base razonable para tenerlo.

(e) Si un acuerdo prematrimonial o matrimonial modifica o elimina la pensión compensatoria y la modificación o eliminación causa que una parte del acuerdo sea elegible para ayuda de un programa de asistencia pública al momento de la separación o de la disolución matrimonial, el tribunal, a solicitud de esa parte, puede requerir que la otra parte le provea sustento en la medida necesaria para evitar esa elegibilidad.

(f) Un tribunal puede negarle eficacia a una cláusula de un acuerdo prematrimonial o matrimonial si, en el contexto del acuerdo en su totalidad[:]

[(1)] la cláusula era leonina al momento de firmar el acuerdo[; o

(2) el cumplimiento de la cláusula resultaría en un perjuicio sustancial para una parte debido a un cambio sustancial en las circunstancias sobrevenido después de la firma del acuerdo].

(g) el tribunal deberá decidir una cuestión de desproporción [o perjuicio sustancial] al amparo de la subsección (f) como una cuestión de derecho.

**Nota Legislativa:** La Sección 9(a) pone el peso de la prueba en la parte que impugna el acuerdo prematrimonial o matrimonial. Se requieren enmiendas si su estado quiere (1) diferenciar entre las dos categorías de acuerdos y poner el peso de la prueba en la parte que busca el cumplimiento del acuerdo matrimonial, o (2) poner el peso de la prueba en una parte que busca el cumplimiento de un acuerdo sea éste prematrimonial o matrimonial.

Si su estado quiere permitir la revisión por perjuicio sustancial causado por un acuerdo prematrimonial o matrimonial al momento del

> cumplimiento, deberá adoptarse la Sección 9(f), incluyendo el lenguaje que aparece entre paréntesis. [153]

La nueva ley uniforme propone que se adopten supuestos de ineficacia independientes, de manera que no sea necesario que se cumplan todos para que la parte impugnante pueda prevalecer en su reclamo de que no se haga cumplir lo acordado. Esto, en principio podría parecer un gran esfuerzo por brindarle mayor protección a la parte más débil, pero a poco que se examine el articulado en su totalidad se advierte que la protección de la parte más vulnerables no se lleva a tal extremo que amenace, a priori, la certeza jurídica de los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales. Así, la UPMAA pretende un balance al proponer un enfoque que protege la validez de los acuerdos en cuanto pone el peso de la prueba en la parte impugnante, pero le provee bases de impugnación más amplias que la ley uniforme anterior. Llama la atención, sin embargo, que la misma ley uniforme en la nota legislativa de la citada Sección 9 advierte de la posibilidad de que la normativa estatal quiera diferenciar entre las dos categorías de acuerdos para poner el peso de la prueba, en el caso de los acuerdos matrimoniales, en la parte que exige su cumplimiento. Incluso, la mencionada nota legislativa reconoce también que algunos estados quisieran ir más lejos en la protección de una parte vulnerable y extender dicha norma a ambos tipos de acuerdo, tanto los prematrimoniales como los matrimoniales, de forma tal que la parte que exige la eficacia siempre tenga el peso de probar la validez del acuerdo.

Sobre el requisito de voluntariedad se asegura que la inserción de la frase "involuntariamente o como producto de la coerción a la que fue sometida" no pretende cambiar la normativa sino dar cabida a los variados matices desarrollados por la interpretación jurisprudencial del parámetro de voluntariedad recogido en la ley uniforme anterior. [154] Así por ejemplo, el lenguaje escogido admitiría tanto la determinación de que fue involuntario el consentimiento dado a un acuerdo prematrimonial cuya versión significativamente revisada se firmó justo tres días antes de la celebración del matrimonio, [155] como la decisión judicial de que un acuerdo

[153] UPMAA, *supra*, Sec. 9. (*Traducción de la autora*.)

[154] Comentario de la UPMAA, sec. 9. Véase un análisis de las distintas interpretaciones del requisito de voluntariedad en J. Younger, Lovers' contracts in the courts: Forsaking the minimum decencies, 13 WM. & Mary J. Women & L. 349 (2007); A. Curry, The Uniform Premarital Agreement Act and its variations through the States, 23 J. Am. Acad. Matrim. Law. 355 (2010).

[155] In Re Marriage of Bernard, 204 P.3d 907 (Wash. 2009).

firmado dos días antes del casamiento fue "suficientemente voluntario" a la luz de la totalidad de las circunstancias.[156]

Es acertado que el requisito de voluntariedad del consentimiento se haya reformulado para alcanzar otras circunstancias que pueden haber contribuido a que el acuerdo, aunque se haya firmado, en principio, voluntariamente, sea producto de la coerción a la que estuvo sometida la parte impugnante. Ello no sólo es conforme a la teoría contractual general, sino que además se justifica por el hecho de que las circunstancias particulares en las que las partes se someten al acuerdo prematrimonial, como antes se señaló, ameritan un escrutinio más amplio. El mismo comentario puede decirse del acuerdo aun cuando se firme constante matrimonio, sobre todo porque están en juego otras consideraciones que aunque de distinta índole, pueden tener el mismo efecto de producir un consentimiento que, aunque en principio puede parecer voluntario, es producto de la coerción circunstancial. En tal sentido la UPMAA sigue el enfoque de los Principios ALI si bien hay que subrayar que, como se discutió antes, en éstos el modelo es distinto porque el peso de la prueba recae en la parte que invoca la eficacia del acuerdo. Queda claro, sin embargo, que la reformulación del requisito de voluntariedad persigue que el control judicial tenga mayor alcance que en la ley uniforme anterior:

> "El requisito de voluntariedad de la UPAA (y principios generales de derecho contractual) se une en la UPMAA con el requisito (también consistente con principios contractuales generales) de que el consentimiento de la otra parte no haya sido el resultado de coerción. Aunque un acuerdo que es el resultado de coerción es presumiblemente involuntario también, la jurisprudencia de la UPAA sobre voluntariedad ha dejado, hasta el momento, interpretaciones inconsistentes en cuanto a cuándo las circunstancias coercitivas existentes en la celebración del acuerdo deben impedir su eficacia. Aunque la Ley Uniforme no define "involuntario" ni "coerción", el Comité quiso asegurar que cualquiera de los dos supuestos sería suficiente para invalidar el consentimiento. En particular, los tribunales deben examinar cuidadosamente la validez del consentimiento cuando haya evidencia de violencia doméstica o amenaza de esta."[157]

El próximo supuesto disponible a la parte que impugna el acuerdo es una novedad en la Ley Uniforme y se fundamenta en que esa parte no haya tenido acceso a representación legal independiente. Sin embargo, de la definición que la propia ley da a ese requisito, se desprende claramente que ello no significa que se requiera, en efecto,

[156] Binek v. Binek, 673 N.W.2d 594 (ND. 2004).

[157] Atwood y Bix, *op. cit.*, pág. 339.

que las partes tengan asesoramiento legal. Lo que sí se requiere es que esa parte haya tenido tiempo razonable para considerar si contrata o no a un abogado y, además, haya tenido las condiciones materiales para conseguirlo y sufragar tal costo. Nótese que se trata, básicamente de requerir que la persona ejerza la opción de estar representada legalmente luego de haber tenido una oportunidad real y efectiva de obtener dicha representación legal. Más aun, la ley segura que tal oportunidad sea viable al requerir, para que se configure ese acceso a representación legal independiente, que si una parte está representada por abogado y la otra no tiene capacidad económica para costear los servicios legales, aquélla haya accedido a costear tales gastos. Es decir, si bien la ley no llega a requerir representación legal independiente como supuesto obligatorio para la eficacia del acuerdo, sí exige contundentemente que la parte haya tenido todas las circunstancias favorables para ello, de forma tal que si decidió no obtenerla haya sido porque, en efecto, ejerció concienzudamente tal opción.

Este enfoque refleja, a juicio de los redactores, la visión de que para una parte que renuncia a derechos importantes es crucial tener una oportunidad verdadera de contratar los servicios de un abogado que le asesore de manera independiente. Cabría entonces preguntarse por qué la ley uniforme no llega a requerir que en todo caso en el que se renuncien derechos se requiera representación legal independiente. Todo parece indicar que tal enfoque estaba descartado pues desde el principio de los trabajos hubo consenso de que la ley uniforme no debía requerir representación legal como supuesto indispensable para la eficacia de los acuerdos, fundamentado principalmente en que ello resultaría oneroso para gran parte de los ciudadanos y atentaría contra la mayor probabilidad de lograr que la ley se aprobara ampliamente en las legislaturas estatales. En ese sentido la ley uniforme se decantó por la norma aceptada mayoritariamente en los estados, pues es muy excepcional la normativa estatal que exige representación legal como requisito de validez de los acuerdos prematrimoniales o matrimoniales.[158]

En relación con el supuesto del inciso 9 (3), también novel en la UPMAA, hay que señalar que está íntimamente relacionado con el asunto de representación legal debido a que sólo si la parte no está, en efecto, representada por abogado al momento de la firma del acuerdo es que se activa el requisito de que el acuerdo incluya una aviso conspicuo de que podría estar renunciando a importantes derechos o una explicación en lenguaje sencillo de los derechos renunciados. Obviamente, la normativa asume que

[158] Atwood y Bix, *op. cit.*, pág. 332.

tales salvaguardas son innecesarias si la parte estuvo, en efecto, representada por abogado puesto que ello es lo mínimo que éste debe haberle advertido.[159]

En este particular es muy relevante la afirmación de la redactora principal cuando asegura que este asunto fue muy debatido en el seno del Comité puesto que la casuística estatal está dividida en cuanto a si debe requerirse que las partes, en efecto, conozcan los derechos a los que están derecho renunciando al firmar un acuerdo prematrimonial o matrimonial. Plantea que el resultado final que recoge el inciso 9(3) es la formulación que se logró para atender las preocupaciones de aquellos miembros del Comité que entendían que conocer los derechos a los cuales se está renunciando es un elemento indispensable para asegurar que el proceso que dio lugar al acuerdo es justo. La cuestión verdaderamente difícil era lograr un mecanismo que asegure que las partes reciban una descripción correcta y acertada de los derechos a lo que están renunciando, con lo que ello implica en una sociedad con un alto grado de movilidad interestatal y la conocida falta de uniformidad en la normativa reguladora de las relaciones matrimoniales. Se asegura que el enfoque finalmente acogido al exigir que el acuerdo incluya un aviso notable de renuncia de derechos o una explicación en lenguaje sencillo de los derechos y obligaciones afectados se logró en una etapa ya muy avanzada de la redacción del proyecto de ley uniforme y que sirvió de punto medio para acercar las divergentes posiciones sobre cómo atender las preocupaciones de ambas posturas.[160]

La formulación finalmente adoptada es similar, aunque menos rigurosa, a la requerida por el Código de Familia de California que establece que se entenderá que el acuerdo prematrimonial no se celebró voluntariamente a menos que el tribunal concluya por escrito, entre otros extremos, que la parte impugnante, si no estuvo representada por abogado, (1) fue cabalmente informada de los términos y efectos del acuerdo y de los derechos y obligaciones cedidos y (2) tenía dominio del idioma en el que le brindaron la explicación y en el cual estaba redactado el acuerdo. Además exige que tal explicación se le entregue por escrito a la parte antes de firmar el acuerdo y que ésta suscriba una declaración en la que haga constar que recibió la información requerida e indique quién se la proveyó.[161]

---

[159] S. Kennedy, Ignorance is not a bliss: why states should adopt California's Independent Counsel requirement for the enforceability of prenuptial agreements, 52 Fam. Ct. Rev. 709, (2014).

[160] Atwood y Bix, *op. cit.*, pág. 341. Comentario de la UPMAA, pág. 358.

[161] Código de Familia de California, Sección 1615 (c)(3).

En relación con el requerimiento de divulgación de información financiera para la eficacia de los acuerdos, debe señalarse que la nueva ley uniforme reconceptualiza tal exigencia para que tenga mayor alcance que su homóloga en la UPAA. Ahora la UPMAA presenta ese supuesto de ineficacia como uno independiente, desligado de la cuestión de desproporción sustancial (*unconscionability*) al momento del perfeccionamiento, de manera que aunque el acuerdo no fuera leonino cuando se firmó, la falta de divulgación de información financiera en los términos prescritos pueda ser fundamento suficiente para declarar la ineficacia del acuerdo. Ello, sin embargo, no era posible al amparo del esquema de la ley uniforme anterior porque sólo podía declararse ineficaz el acuerdo por falta de divulgación financiera adecuada si podía demostrarse que, además, había una desproporción sustancial entre las partes al momento del perfeccionamiento.

Nótese también que la nueva reformulación del requisito de divulgación de información en la UPMAA es más precisa que su predecesora, en cuanto le da un contenido más específico al hacer referencia a que la adecuada divulgación de la información financiera de una parte conlleva que la otra reciba una descripción razonablemente correcta y un estimado de buena fe del valor de (1) el patrimonio; (2) las obligaciones financieras y (3) los ingresos de la otra parte. Sobre ese particular el comentario es muy ilustrativo:

> "El requisito de divulgación financiera razonable de la Subsección (a)(4) y (d) atañe sólo a los activos de los cuales la parte conoce o debe razonablemente conocer. Habrá ocasiones en donde la valoración de un activo sólo pueda ser aproximada, o sea totalmente desconocida, y esto debe entenderse como parte de una divulgación razonable. Una divulgación sería "razonablemente correcta" aun si un valor es aproximado o difícil de determinar, y aun cuando haya incorrecciones menores. Como ha establecido el Tribunal Supremo de Connecticut, luego de examinar jurisprudencia de distintos estados sobre el parámetro comparable de "divulgación justa y razonable", "[l]a abrumadora mayoría de las jurisdicciones que aplican el parámetro no requieren que la divulgación financiera sea exacta o precisa… [El parámetro] requiere que cada parte contratante provea a la otra una aproximación general de sus ingresos, activos y obligaciones financieras… Friezo v. Friezo, 914 A.2d 533,549, 550 (Conn. 2007). Al amparo de la Subsección (d)(1), un estimado del valor de las propiedades, las obligaciones financieras, y los ingresos hecho de buena fe satisfaría este requisito aún si posteriormente se determina que era impreciso." [162]

[162] Comentario de la UPMAA, pág. 359.

La UPMAA mantiene la posibilidad que advertía la ley uniforme anterior de renunciar al derecho a exigir divulgación de la información financiera aun si tal renuncia se hizo sin asesoramiento legal. Lo cierto es que este es un asunto que generó mucho debate desde el inicio de la discusión del proyecto de ley uniforme porque una parte del comité, siguiendo algún sector doctrinal, propuso condicionar tal renuncia a que la parte renunciante hubiera recibido consejería legal sobre los efectos de tal curso de acción. Se afirma que ese grupo, aunque minoritario, logró que un primer borrador de la nueva ley uniforme incorporara el requerimiento de asesoramiento legal previo como requisito indispensable para la eficacia de la renuncia a la divulgación financiera. Ese resultado se alcanzó, principalmente, con el argumento de que la renuncia sin asesoramiento legal previo creaba terreno fértil para que algunas personas, mayormente de poca preparación, fueran presas fáciles de otras que les convencerían sin mucho esfuerzo para que renunciaran a la divulgación financiera sin tener idea, realmente, del gran impacto de su decisión. No obstante, el grupo mayoritario que dentro del comité se oponía a ese esquema eventualmente convenció al pleno de comisionados para que se enmendara el borrador a los efectos de eliminar el requisito de asesoramiento legal previo.[163]

Así, en la ronda de aprobación final se sancionó la versión actual de la Sección 9 (d)(4) que incluye la posibilidad de renunciar a la divulgación de información financiera y solo lo condiciona a que tal renuncia sea expresa y en documento firmado por separado. El argumento principal en el que se fundamentaron para revertir la exigencia de asesoramiento legal previo para la eficacia de la renuncia a la divulgación fue que mantenerlo tendría el efecto de que prácticamente todos los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales terminarían requiriendo la intervención de un abogado para protegerlos de una posible impugnación por falta de divulgación financiera adecuada. Es decir, que mantener el requisito llevaría, en la práctica, al resultado mayoritariamente rechazado de exigir la intervención de abogados como supuesto indispensable para la validez de los acuerdos. Creo que ello pudo haber estado contrarrestado por el hecho de que en la reformulación de los requisitos de eficacia de los acuerdos que incorpora la nueva ley hay más bases de impugnación que en la ley uniforme anterior y, más importante aún, tales fundamentos son, como se explicó antes, totalmente autónomos.

[163] Atwood y Bix, *op. cit.*, pág. 333.

Nótese, por último, que toda esta discusión sobre lo que constituye el derecho a una divulgación financiera adecuada presupone que la parte que lo reclama no tiene conocimiento "adecuado" de la información pertinente ni tampoco hay base razonable para que se le impute haberlo tenido. Es decir, si la parte que esgrime la ineficacia del acuerdo por falta de divulgación financiera adecuada tenía conocimiento de la información requerida por la Sección 9(d)(1), entonces ese conocimiento sustituye la obligación de la otra parte de proveer información sobre su situación económica, léase una descripción razonablemente precisa de sus ingresos, sus obligaciones y su patrimonio. Obviamente este supuesto tiene, potencialmente, una aplicación bastante limitada pues requerirá que ambas partes se encuentren en situaciones más o menos niveladas en términos de acceso mutuo a la información financiera de su pareja lo que, como cuestión práctica, usualmente ocurre en los dos extremos del espectro, esto es, si ambos tienen patrimonios significativos o ninguno tiene una situación económica holgada. Llama la atención que el cometario del comité redactor no arroja luz sobre lo que se debatió, si algo, sobre el alcance del parámetro de razonabilidad que ha de aplicarse al conocimiento de la situación financiera de la otra parte. De hecho, el comentario sólo incluye una muy breve afirmación a los efectos de que la referencia de la Sección 9(d)(3) al "conocimiento adecuado" de la situación financiera del otro incluye, como mínimo, un conocimiento aproximado del valor de las propiedades, deudas e ingresos.

De otra parte, el asunto más controversial en la discusión de la nueva ley uniforme tenía que ser la posición que habría de asumirse en cuanto al alcance del control judicial en la evaluación de la eficacia del acuerdo. Esto es, si la nueva ley uniforme mantendría la posición de la UPAA de limitar su examen a las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del acuerdo, o si adoptaría la posición más abierta que acoge la *second look doctrine* o doctrina de segunda mirada, para dar lugar a que los tribunales puedan juzgar la eficacia del acuerdo a la luz de los efectos que produce al momento de su cumplimiento. La contestación corta a esta interrogante es que la versión finalmente adoptada de la UPMAA, en su Sección 9(f)(1) mantiene la visión que privilegia la certeza jurídica y la necesidad de prever las consecuencias económicas de la disolución matrimonial, por lo que limita la revisión judicial al examen de la eficacia del acuerdo en atención al proceso que dio lugar a su perfeccionamiento y no a la luz del resultado que produce cuando se exige el cumplimiento de lo acordado. No obstante, reconoce que algunos estados querrán darle una mayor protección a la parte

que pretenda esgrimir la ineficacia del acuerdo basándose en las consecuencias que ocasiona lo acordado al tiempo de su cumplimiento. Para atender esa preocupación, que ciertamente ha sido el eje principal de la crítica doctrinal y jurisprudencial de la ley uniforme anterior, la nueva UPMAA propone un lenguaje alterno que, como explicamos más adelante, pretende guiar el criterio legislativo conducente a la elaboración de una norma jurídica que considere dicha opción pero no se aventura a proponerlo como el modelo recomendado, según se explica a continuación.

Antes, sin embargo, debe señalarse que el asunto de la eficacia de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria recibe un trato particularizado en la Sección 9(e) de la UPMAA que lo independiza del análisis general de eficacia aplicable a los demás términos y condiciones acordados. En ese sentido la nueva ley uniforme sigue el enfoque de su predecesora que, como antes discutimos, establece como umbral de ineficacia la dependencia del cónyuge renunciante de la beneficencia pública. Esto es, la UPAA validaba la renuncia anticipada a la pensión compensatoria siempre que el acuerdo cumpliera con los requisitos de consentimiento válido, pero aun en tal caso le negaba eficacia si el cumplimiento de lo acordado provocaba que, al tiempo de la disolución, el cónyuge renunciante quedara en un nivel de pobreza tal que requiriera ayuda económica del estado. Algunos estados se alejaron de ese enfoque para brindar mayor protección al cónyuge renunciante.

Pues bien, la nueva UPMAA mantiene el mismo esquema de su predecesora, pero introduce un cambio significativo porque limita el control judicial de la eficacia de una cláusula de renuncia anticipada a la pensión compensatoria a que la parte afectada solicite tal intervención judicial. Es decir, un tribunal no puede, *sua sponte*, decretar la ineficacia de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria aunque el cumplimiento de dicha estipulación provoque en el cónyuge renunciante el nivel de indigencia que lo hace elegible para la ayuda pública. De esta forma, la ley solo protege al cónyuge renunciante de los efectos de una renuncia anticipada a la pensión compensatoria que le produzca una pobreza que esa parte no quiere.[164] Por lo que tal enfoque ha de entenderse en el contexto de la libertad contractual de los cónyuges para planificar su futuro financiero de forma tal que puedan proteger su elegibilidad para recibir servicios médicos u otros beneficios públicos, lo cual puede resultar particularmente importante

[164] Atwood y Bix, *op. cit.*, pág. 342.

si la disolución matrimonial se produce cuando los cónyuges han alcanzado una avanzada edad.

Fuera del escrutinio judicial de la eficacia de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria en los términos antes prescritos, los demás términos y condiciones del acuerdo, o esté en su totalidad, deberán regirse por un examen de eficacia que, al amparo de la Sección 9(f) de la UPMAA, mantiene el estándar de desproporción sustancial al tiempo de la celebración del acuerdo. En este asunto sigue el enfoque de la ley uniforme anterior, pero con el importante cambio, ya señalado, que este supuesto de ineficacia se presenta con autonomía del requisito de divulgación adecuada de la información financiera. Este cambio, ciertamente, amplía la protección disponible a una parte vulnerable que, aunque haya recibido la información financiera pertinente, se encuentre en las situaciones que pueden producir entre las partes la desproporción sustancial que la UPAA desde sus inicios sancionaba con la ineficacia del acuerdo. Además, con este cambio se pretendió armonizar la normativa aplicable a los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con lo dispuesto en el Código Uniforme de Comercio y la doctrina mayoritariamente aceptada en el ámbito de la teoría general de contratos.[165]

De esa forma, la posibilidad de que la UPMAA endosara como modelo uniforme el enfoque de segunda mirada que permitiera examinar la eficacia del acuerdo al tiempo de su cumplimiento y en atención al resultado que produce en el escenario de la disolución queda descartada, al menos como opción mayoritariamente propuesta a los estados. No hay duda de que la solución recogida en esos términos no pasa de ser una alternativa legislativa como otra cualquiera, sin el aval de la mayoría de los comisionados debidamente constituidos como "Instituto de Derecho Americano". Ciertamente, ello no tiene el alcance que por más de treinta años venían reclamando diversas voces, pero particularmente el sector académico.[166]

Así, el comité optó por proponer la alternativa concebida en la Sección 9(f)(2) para los estados que decidan adoptar el enfoque de segunda mirada, que inserta un concepto capaz de abarcar la variada terminología que han utilizado los tribunales de los diversos estados así como alguna legislación estatal. Es decir, ante la imposibilidad de lograr consenso para escoger alguno de los términos ya acuñados o incluso un lista

[165] Atwood y Bix, *op. cit.*, pág.342.

[166] Véase, entre otros, J. Thomas Oldham, *op. cit.*, Would Enactment of the Uniform Premarital and Marital Agreemens Act in All Fifty States Change U.S. Law Regarding Premarital Agreements?.

ejemplificativa de cambios circunstanciales que ameriten reevaluar la eficacia de lo acordado, la propuesta se decantó por la incorporación de una referencia a que el cumplimiento resulte en perjuicio o privación (*hardship*) sustancial de una parte debido a un cambio importante en las circunstancias surgido con posterioridad a la celebración del acuerdo.[167] En ese sentido, aunque con lenguaje distinto, el estándar de la UPMAA pretende alcanzar el mismo resultado que otros preceptos y pautas jurisprudenciales que hacen uso de términos tales como desproporción sustancial, privación, perjuicio indebido (*undue burden*), injusticia sustancial, etc., o incluso una enumeración de factores que, a priori, deben llevar al juzgador a reexaminar la eficacia del acuerdo a la luz de los resultados que produce al tiempo de su cumplimiento.

### 4.4 Ley aplicable, prescripción y hermenéutica

Los asuntos de epígrafe están atendidos en la nueva ley uniforme y aunque ciertamente no llaman tanto la atención general como los que hasta aquí se han discutido, ameritan unos breves comentarios. En primer lugar, el precepto de la UPMAA sobre determinación de la ley aplicable a una controversia relacionada con un acuerdo prematrimonial o matrimonial incorpora un cambio sustancial en comparación con lo dispuesto en la ley uniforme anterior puesto que se proyecta con un ámbito de aplicación más amplio. Primero, ha de notarse que el tema de ley aplicable se atiende ahora en una sección independiente, mientras que en la ley uniforme anterior el asunto se trataba tangencialmente como parte de los múltiples asuntos atendidos en la ya discutida Sección 3(a) sobre el contenido posible de los acuerdos. Así, con la referencia a la ley aplicable de la sección 3(a)(7) la UPAA se limitaba a establecer que las partes podían acordar cual sería la ley aplicable a la interpretación del acuerdo prematrimonial. La idea básica del precepto está ahora recogida en un artículo autónomo sobre ley aplicable, que despliega un mayor alcance en su aplicación porque la Sección 4 de la UPMAA establece que la selección de ley aplicable acordada por las partes rige las controversias sobre validez, eficacia, e interpretación de un acuerdo prematrimonial o matrimonial. De manera que el nuevo precepto deja claramente establecido que las partes pueden someter prácticamente la totalidad de las controversias sobre el acuerdo

[167] Atwood y Bix, *op. cit.*, pág. 343.

prematrimonial o matrimonial a la ley por ellos seleccionada, y no solamente el asunto de su interpretación.

Otro cambio importante que incorpora la citada sección 4 de la UPMAA es que condiciona la validez de la cláusula de selección de ley aplicable a que la ley escogida por las partes tenga una relación significativa con las partes o con el acuerdo y que no sea contraria al orden público estatal. Al amparo de la antes citada sección 3(a)(7) de la UPAA, si bien las partes podían elegir la ley aplicable a su acuerdo prematrimonial, la letra del precepto no exigía que la ley tuviera relación con las partes o con la controversia. Este cambio que trae la UPMAA ciertamente limita la autonomía de la voluntad de los futuros cónyuges, o cónyuges, según sea el caso. No obstante, la nueva formulación no hace sino adoptar lo que hace mucho tiempo es la norma generalmente aceptada en el derecho común estadounidense en materia de conflicto de leyes en el ámbito contractual.[168] Me refiero a que requerir que la ley válidamente escogida por las partes contratantes tenga una relación significativa con las partes o con la controversia es un principio arraigado mayoritariamente hace ya mucho tiempo en la doctrina conflictual contemporánea para negarle eficacia a una cláusula de selección de ley aplicable en la que se escoja una la ley completamente desvinculada de las partes o de la controversia, sobre todo para evitar el conocido *fórum shopping* que propicia la falta de uniformidad entre las diversas legislaciones estatales.[169]

En cuanto a la defensa de orden público como resguardo del interés del estado foro en la protección de determinados principios según concebidos en sus leyes, también hay que decir que no sorprende que la UPMAA limite la eficacia de la cláusula de selección de ley aplicable en esos términos. Lo cierto es que, aun si la ley uniforme no atendiera el asunto expresamente, muy probablemente se llegaría al mismo resultado invocando la doctrina general que incorpora la violación al orden público interno como última defensa ante la aplicabilidad de una ley extranjera, bien si esta ha sido válidamente seleccionada por las partes o cuando resulte aplicable según las normas conflictuales del foro. De hecho, también es de notarse que la Sección 4(2) de la UPMAA expresamente establece que en ausencia de una ley aplicable válidamente elegida por las partes, las controversias sobre los acuerdos prematrimoniales y

[168]Comentario de la UPMAA, pág. 351.

[169] Véase L. J. Ravdin, Premarital agreements and the migtatory same-sex couple, 48 Fam. L. Q. 397, (2014); J. Thomas Oldham, With all my worldly goods I thee endow, or maybe not: A reevaluation of the Uniform Premarital Agreement Act after three decades, 19 Duke J. Gender L. & Pol'y 83, (2011).

matrimoniales se regirán por la ley del foro, incluidas las normas conflictuales de dicho estado.

De todas formas, es un gran acierto que la nueva ley uniforme atienda directamente el asunto de ley aplicable a las controversias relacionadas con los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales puesto que la sociedad estadounidense es una que experimenta un alto grado de movilidad interestatal, tanto antes de contraer matrimonio como una vez la pareja desarrolla sus relaciones matrimoniales y familiares. Además, el hecho de que la normativa de derecho conflictual no es uniforme-- puesto que es casi completamente de origen estatal y no federal-- provoca que, en ausencia de una cláusula de selección de ley aplicable válidamente estipulada por las partes, la determinación de la ley aplicable quede sometida a un alto grado de control judicial si se toma en cuenta, además, que casi ningún estado ha codificado sus normas de conflicto.

Sobre la prescripción de las acciones incoadas para solicitar la concesión de un remedio al amparo de un acuerdo prematrimonial o matrimonial, la nueva ley uniforme establece que el término prescriptivo no comienza a transcurrir mientras esté vigente el vínculo matrimonial.[170] En ese particular sigue la idea que pretende desincentivar a las partes de instar una acción de disolución matrimonial por el solo hecho de evitar que se agote el término prescriptivo dispuesto en la ley estatal para invocar la concesión de un remedio surgido del acuerdo marital. Debe señalarse en este contexto que el comentario oficial de la citada sección de la UPMAA incorpora por referencia lo dispuesto en la Sección 8 de la UPAA en el sentido de que el hecho de que el término prescriptivo no decurse mientras esté vigente el vínculo matrimonial no impide que estén disponibles algunas defensas en equidad tales como la incuria o los actos propios. Esa posibilidad aparece también expresamente reconocida en el texto de la nueva ley uniforme.

Por último, es necesario resaltar que el texto mismo de la ley, no el comentario, hace un llamado final a la necesidad de que la UPMAA sea aplicada e interpretada tomando en cuenta la necesidad de promover la uniformidad de la normativa sobre acuerdos prematrimoniales y matrimoniales entre los estados que la adopten. A primeras luces puede parecer un precepto innecesario si se tiene en cuenta que lo mismo habría que decir de cualquier legislación que tenga vocación de convertirse en ley uniforme sobre determinada materia. No obstante, es particularmente importante que este *desideratum* se incluya como mandato de ley dada la particularidad de que se trata

[170] UPMAA, *supra*, Sec. 11.

de una materia en la cual persisten marcadas divergencias sobre ciertos extremos importantes que, como se vio, ni siquiera fue posible resolver ente los miembros del cuerpo rector que promulga las leyes uniformes. El ejemplo emblemático es el supuesto de ineficacia por cambio relevante en las circunstancias al momento del cumplimiento del acuerdo.

A modo de conclusión, puede apuntarse que la falta de uniformidad en el tratamiento del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial en el plano estadounidense estatal ha propiciado el desarrollo de importantes propuestas de principios uniformadores que convergen en el reconocimiento de un espacio bastante amplio para el ejercicio de la autonomía privada. La posición que inicialmente trató de generalizar la Ley Uniforme de Acuerdos Prematrimoniales (UPAA 1983) sostiene que la determinación sobre la de validez del acuerdo conyugal debe hacerse en función de la evaluación de las circunstancias en las que se otorgó el acuerdo. Por ende, su eficacia deben estar sujeta al control judicial a la luz de las circunstancias existentes al tiempo del cumplimiento. La versión más reciente de la referida legislación modelo (UPMAA 2012) atiende algunos de los reclamos doctrinales que defendían la ampliación del examen de las garantías de validez y eficacia del acuerdo y en atención a ello: (a) requiere con precisión el cumplimiento de determinadas garantías procedimentales para asegurar un consentimiento válido y, (b) reconoce un poco más de legitimidad a la alternativa legislativa de acoger la doctrina de *segunda mirada*, para permitir un mayor escrutinio sustantivo de la eficacia del acuerdo si se han producido cambios materiales en las circunstancias a tal punto que el cumplimiento de lo pactado produciría un perjuicio sustancial al cónyuge impugnante. En general, la nueva versión de la Ley uniforme se acerca un poco al diseño propuesto por el otro cuerpo de normativa modelo uniformadora aplicable a la materia, el de los Principios ALI, en cuanto este pretende balancear el reconocimiento de la autonomía contractual de los cónyuges con la necesidad de establecer salvaguardas que abonen a la *justicia procedimental y sustantiva* del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.[171]

[171] Véase L. Ravdin, *op. cit.*, Factor premarital agreements and divorce into estate plans, pág. 16 (afirmando que en la medida en que los estados vayan adoptando la UPMAA el proceso para hacer valer los acuerdos maritales será más justo).

# CAPÍTULO V.
# CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL DERECHO PUERTORRIQUEÑO. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE REFORMA

## 1. Estado de la cuestión en el Código Civil de Puerto Rico

Las peculiaridades de la vigente legislación puertorriqueña en materia capitular hacen pertinente dedicarle un capítulo autónomo con el objetivo de poder contrastar el estado de la cuestión en el Código civil de Puerto Rico con el *íter* legislativo de su homólogo español. Este, como se sabe, es, en su versión originaria, antecedente inmediato de aquel, lo que ocurre con la mayor parte del Derecho privado puertorriqueño. Nos acercamos entonces al análisis del escaso desarrollo legislativo y jurisprudencial de la normativa puertorriqueña, desde la entrada en vigor de su Código Civil, hasta la iniciativa legislativa más reciente.

En el primer capítulo de este trabajo hicimos una brevísima referencia a los antecedentes del vigente Código Civil de Puerto Rico, cuyo desarrollo ahora ampliamos un poco para lograr un mejor entendimiento de su estado actual. A tales efectos recordemos que durante el periodo colonial español las relaciones jurídicas entre particulares estaban regidas en Puerto Rico por las leyes españolas especiales que la Corona extendía a las provincias de Ultramar. No obstante lo anterior, la Constitución española de 1876 también autorizaba la aplicación a tales territorios de las leyes que se promulgasen para la península, con las modificaciones necesarias, en virtud de lo cual se hizo extensivo a Puerto Rico el Código Civil español.[1]

[1] E. Vázquez Bote, Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho privado puertorriqueño, V. II, New Hampshire Equity Publishing, 1993, pág. 53. Para el periodo anterior a la codificación:

> "… puede afirmarse sin temor de error, que el Derecho español y el puertorriqueño estaban, prácticamente, idénticos. Pero, desde el momento en que entró en vigor el Real Decreto de Felipe IV, ordenando que ninguna ley vigente en España se aplicase a América si la misma no iba acompañada de una Cédula del Real Consejo de Indias ordenando la aplicabilidad de la norma en el continente americano, puede ya deslindarse, si no un Derecho puertorriqueño, sí un *Derecho indiano* relativamente diverso del español. Derecho indiano que, en cuanto a tal, alcanza matices peculiares en lo que luego serían naciones independientes de la América latina. No fue Puerto Rico una

Así, ese importante cuerpo de ley tuvo vigencia en Puerto Rico a partir del 1 de enero de 1890, porque España lo extendió a la Isla, a Cuba y a las Islas Filipinas, mediante Real Decreto del 31 de julio de 1889, principalmente por razones que bien hace constar VAZQUEZ BOTE cuando apunta:

> "… la corona española, consciente del abandono de las colonias ultramarinas, quiso evitar el fin de las relaciones, que se apuntaba claramente en la perspectiva inmediata. Por ello la monarquía intentó un esfuerzo para unir alguna de dichas colonias con la metrópoli de modo más intenso. Así, dentro de un proceso más general, se extendieron a Puerto Rico -al igual que a Cuba- una serie de leyes relevantes, entre las cuales destaca el Código Civil español, subsistente en buena medida todavía." [2]

Sería imposible resumir el desarrollo histórico del Código civil puertorriqueño tras el cambio de soberanía sin desviarnos del tema principal de este trabajo, por lo que referimos al lector a la obra del profesor MUÑOZ MORALES,[3] imprescindible para una cabal comprensión de los desarrollos habidos durante el periodo inmediatamente posterior a la invasión estadounidense y hasta mediados del siglo veinte. No obstante, como mínimo, nos permitimos señalar que el Código civil que España había hecho extensivo a Puerto Rico quedó vigente, de manera condicionada, por virtud de una orden militar del nuevo gobierno instaurado a consecuencia del cambio de soberanía producido por la invasión estadounidense de 1898; fue enmendado parcialmente en 1902 y en 1930 se aprobó la edición vigente, luego de una revisión más técnica que de contenido.

---

> excepción en este proceso de individualización, por cuanto fueron numerosas las disposiciones dictadas especialmente para la Isla. Pero aun así, la individualización puertorriqueña, en lo jurídico, se retrasaría más por razón de los avatares políticos derivados del cambio de soberanía."

[2] *Íd*. Pág. 54. Véase además, M. Rodríguez Ramos, Breve historia de los códigos puertorriqueños, 19 Rev. Jur. U.P.R. 233 (1950) y J. Castán Tobeñas, En torno al Derecho civil de Puerto Rico, 26 Rev. Jur. U.P.R. 7 (1956).

[3] De la autoría de L. Muñoz Morales, el más prolífico autor de su época sobre esta materia, véase: El Código civil de Puerto Rico: Breve reseña histórica (I), 1 Rev. Jur. U.P.R. 75 (1932); El Código civil de Puerto Rico: Breve reseña histórica (II), 2 Rev. Jur. U.P.R. 9 (1933); Anotaciones al Código civil de Puerto Rico: Libro III, San Juan, Centro Fernández & Co., Inc., 1939; Reseña histórica y anotación al Código Civil de Puerto Rico, Junta Editora de la Universidad de Puerto Rico, 1947; Compendio de legislación puertorriqueña y sus precedentes, Junta Editora de la Universidad de Puerto Rico, 1948, y Enmiendas al Código civil de Puerto Rico posteriores al 1930, 13 Rev. Col. Abog. P.R. 4 (1950). Véase además un interesante análisis de la situación jurídica de algunos aspectos del Derecho de familia en el periodo justamente anterior a la reforma de 1902 por C. Gil, La presencia del "otro" en las fuentes materiales del Derecho: Henry Carroll y el Derecho de Familia puertorriqueño, 36 Rev. Jur. U.I.P.R. 457 (2002).

Posteriormente el Código civil puertorriqueño ha sido objeto de enmiendas, algunas muy desafortunadas, otras más acertadas, pero igualmente poco armonizadas con el resto del Código. Cabe resaltar, por su trascendencia y por su pertinencia respecto de este trabajo, las enmiendas introducidas por múltiples leyes[4] que cambiaron la situación jurídica de la mujer casada y otros derechos y deberes de los cónyuges, también conocida como la "reforma de 1976".[5] Enmarcada desde entonces, a mi juicio contradictoriamente, en el principio de igualdad entre hombre y mujer, la normativa reguladora de la economía conyugal vigente en el Código civil puertorriqueño sigue la letra heredada del Código de 1889. Esto se refleja, en la materia pertinente a este trabajo, en cuanto la regulación puertorriqueña se aferra aún al principio de inmutabilidad del régimen económico del matrimonio y a la prohibición de contratación entre cónyuges.

Lo anterior queda demostrado con el examen de la normativa codificada y jurisprudencial en la que se inserta el contrato capitular, por lo que discutimos en este capítulo las normas básicas que recoge el Código Civil de Puerto Rico sobre el contrato de capitulaciones matrimoniales y sus efectos en la determinación del régimen económico del matrimonio. En tal discusión insertamos algunos de los desarrollos jurisprudenciales principales que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha elaborado en su interpretación de la normativa vigente y su aplicación en los casos concretos que ha tenido ante su consideración. Sobre este particular, me remito también a lo ya discutido sobre los desarrollos jurisprudenciales puertorriqueños al abordar, en el Capítulo II de este trabajo, los límites a la autonomía de la voluntad en el otorgamiento de

[4] Véanse las siguientes leyes: Ley Núm. 51 de 21 de mayo de 1976; Ley Núm. 84 de 30 de mayo de 1976; Ley Núm. 93 de 30 de mayo de 1976; Ley Núm. 99 de 2 de junio de 1976; Ley Núm. 100 de 2 de junio de 1976; Ley Núm. 101 de 2 de junio de 1976; Ley Núm. 106 de 2 de junio de 1976; Ley Núm. 108 de 2 de junio de 1976; Ley Núm. 109 de 2 de junio de 1976; Ley Núm. 110 de 2 de junio de 1976; Ley Núm. 111 de 2 de junio de 1976; Ley Núm. 112 de 2 de junio de 1976 y Ley Núm. 119 de 2 de junio de 1976. Véase también la Ley Núm. 10 de 21 de julio de 1977.

[5] Para un exhaustivo análisis de los antecedentes, del contenido y de los efectos de la reforma de 1976 puede verse M. Fraticelli Torres, Un nuevo acercamiento a los regímenes económicos del matrimonio: La sociedad legal de gananciales en el Derecho puertorriqueño, 29 Rev. Jur. U.I.P.R. 413 (1995); republicado en 39 Rev. Jur. U.I.P.R. 113 (2004). Véase, además, E. Vázquez Bote, Reforma del Derecho de Familia: Avance de un juicio crítico, 61 Rev. Der. Prtño 13 (1976); O. Cruz Jiménez y M. Hosta, La nueva legislación que rige la sociedad legal de gananciales, 37 Rev. Col. Abog. P.R. 701 (1976); I. Picó Vidal, Sentido y alcance de la reforma de la administración de los bienes gananciales, 18 Rev. Jur. U.I.P.R. 241 (1984); P. Shahen Yamhure, La equiparación jurídica de los cónyuges en la gestión de los bienes matrimoniales, 43 Rev. Jur. U.P.R. 41 (1974); I. Picó Vidal, Derecho de Familia y cambio social: una interpretación histórico-social de la reforma de la administración de los bienes gananciales, 55 Rev. Jur. U.P.R. 537 (1985); J. Trías Monge, José. Los derechos de la mujer, 44 Rev. Col. Abog. 43 (1983); M. Hosta De Modesti, La situación jurídica de la mujer puertorriqueña dentro del régimen de la sociedad de gananciales, 36 Rev. Col. Abog. 743 (1975); O. Cruz Jiménez, Cómo discriminan las leyes contra la mujer puertorriqueña, 37 Rev. Col. Abog. 469 (1976).

capitulaciones matrimoniales. En la parte final de este capítulo discuto el esfuerzo legislativo de revisión y reforma del Código Civil de Puerto Rico en lo que respecta a la disciplina reguladora del régimen económico matrimonial, pues allí se inserta la normativa capitular propuesta en el año 2007 que analizo a la luz de los argumentos principales desarrollados en el presente trabajo.

## 2. Criterios jurisprudenciales básicos sostenidos por el Tribunal Supremo De Puerto Rico

### 2.1. Introducción

Los Artículos 1267-1278 del Código Civil de Puerto Rico son parte del Libro IV, Título III, sobre el contrato sobre bienes en ocasión del matrimonio y recogen la normativa codificada en materia de capitulaciones matrimoniales.[6] Según se aprecia del

[6] Por su importancia, se incluye a continuación el texto integro de los artículos del Código Civil de Puerto Rico de mayor relevancia para la cuestión que se discute:

> Art. 1267, 31 L.P.R.A 3551. Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este código.
>
> A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.
>
> Art. 1268, 31 L.P.R.A. 3552 En los contratos a que se refiere la sección anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges.
>
> Toda estipulación que no se ajuste a lo preceptuado en esta sección se tendrá por nula.
>
> Art. 1269, 31 L.P.R.A 3553 Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en las dos secciones anteriores, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres especiales y no a las disposiciones generales de este código.
>
> Art. 1270, 31 L.P.R.A. 3554 El menor, que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales; pero únicamente serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio.
>
> En el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio con arreglo a la ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales.
>
> Art. 1271, 31 L.P.R.A. 3555 Para que sea válida cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales, deberá tener lugar antes de celebrarse el matrimonio y con la asistencia y concurso de las personas que en aquéllas intervinieron como otorgantes. No será necesario el concurso de los mismos testigos.
>
> Sólo podrá substituirse con otra persona alguna de las concurrentes al otorgamiento del primitivo contrato, o se podrá prescindir de su concurso, cuando por causa de muerte

examen de dicho texto, las capitulaciones matrimoniales están tipificadas en el Derecho puertorriqueño como un contrato que tiene que pactarse antes del matrimonio, con la finalidad principal, si bien no exclusiva, de establecer el régimen económico matrimonial. En ausencia de un contrato de esta naturaleza o si éste resulta ineficaz, la esfera económica del matrimonio estará sometida al régimen legal supletorio de sociedad legal de gananciales, que cobra vigencia por defecto. Más específicamente, tal carácter contractual de las capitulaciones se deduce del párrafo segundo del artículo

---

u otra legal, al tiempo de otorgarse la nueva estipulación o la modificación de la precedente, sea imposible la comparecencia, o no fuese necesaria conforme a la ley.

Art. 1272, 31 L.P.R.A. 3556 Después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros.

Art. 1273, 31 L.P.R.A. 3557 Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio.

Se exceptúan de esta regla los bienes que se hallen en las condiciones a que se refiere el artículo 1276.

Art. 1274, 31 L.P.R.A. 3558 Cualquier alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales no tendrá efecto legal en cuanto a terceras personas si no reúne las condiciones siguientes:

(1) Que en el respectivo protocolo, por nota marginal, se haga indicación del acta notarial o escritura que contenga las alteraciones de la primera estipulación, y

(2) que en caso de ser inscribible el primitivo contrato en el registro de la propiedad, se inscriba también el documento en que se ha modificado aquél.

El notario hará constar estas alteraciones en las copias que expida por testimonio de las capitulaciones o contrato primitivo, bajo la pena de indemnización de daños y perjuicios a las partes, si no lo hiciere.

Art. 1275, 31 L.P.R.A. 3559 Para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquél contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que a este efecto se le designará por quien corresponda, según las disposiciones de este código y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 1276, 31 L.P.R.A. 3560 Siempre que los bienes aportados por los cónyuges no sean inmuebles y asciendan a un total, los de marido y mujer, que no exceda de quinientos (500) dólares, y en el pueblo de su residencia no hubiese notario, las capitulaciones se podrán otorgar ante el secretario del ayuntamiento y dos (2) testigos, con la declaración, bajo su responsabilidad, de constarles la entrega o aportación, en su caso, de los expresados bienes.

El contrato o contratos originales se custodiarán, bajo registro, en el archivo del municipio correspondiente. Cuando entre las aportaciones, cualquiera que sea su valor, haya alguna o algunas fincas, o los contratos se refieran a inmuebles, se otorgarán siempre por escritura pública ante notario, conforme con lo prevenido en el artículo 1273 de este Código.

Art. 1277, 31 L.P.R.A. 3561 Si el casamiento se contrajere en país extranjero, habiendo nacido en Puerto Rico uno de los contratantes y el otro en el extranjero, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá que se casan bajo el régimen de la ley del país en el cual los contratantes establezcan su domicilio conyugal, tomando en cuenta otros factores que en justicia deban considerarse, tales como conflicto móvil o centro de intereses conyugales, todo sin perjuicio de lo establecido en este código respecto a los bienes inmuebles.

Art. 1278, 31 L.P.R.A. 3562 Todo lo que se estipule en las capitulaciones o contratos a que se refieren las secciones precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse.

1267 CCPR cuando señala: "A falta de contrato sobre los bienes…". Asimismo del artículo 1268 CCPR: "en los contratos a que se refiere la sección anterior…"; y del artículo 1269 CCPR: "se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados…".

Al capitular, los futuros cónyuges tienen libertad para pactar el contenido de sus capítulos, siempre que no resulten contrarios a la ley, a las buenas costumbres o a la autoridad que ambos ostentan. No obstante, la noción generalizada, aunque errónea, entre el público lego en Puerto Rico es que las capitulaciones matrimoniales son un régimen en sí en el que sólo se puede estipular la estricta separación de bienes.[7] Por el contrario, en atención al principio de la autonomía de la voluntad, nuestro más alto foro ha establecido que los cónyuges tienen amplias opciones al diseñar su régimen económico matrimonial, por lo que pueden optar por separar totalmente sus patrimonios; separar sus bienes, pero reconocerse participación en las ganancias; someterse al régimen legal de sociedad legal de gananciales; renunciar al régimen legal de sociedad de gananciales; o estipular cualquier otro régimen que combine estas distintas opciones, siempre que no infrinja la ley o las buenas costumbres. Esa libertad de estipulación, ha resuelto el Tribunal Supremo de Puerto Rico, podría incluso abarcar un acuerdo en el que se pacte un régimen económico que sea más beneficioso para uno de los cónyuges u oneroso para alguno de éstos.

A continuación, hacemos referencia a determinados aspectos, que consideramos capitales en la materia que nos ocupa, estructurándolos a base de su diferente alcance, fundamentándolo con el análisis de la jurisprudencia principal del Tribunal Supremo de Puerto Rico en cada asunto, ya que consideramos que pueden servirnos de pauta no solo para entender cuál es la postura del Tribunal, sino también pueden considerarse válidas para sentar las bases de los que sería esa deseada reforma que postulamos en el Código Civil puertorriqueño.

[7] Véase G. Bosques Hernández, Equívocos sobre las capitulaciones matrimoniales, 67 Rev. Col. Abog. P.R. 109 (2006).

### 2.2. Requisito de otorgamiento previo al matrimonio y cotitularidad de bienes

Como ya se ha señalado, según la normativa vigente en Puerto Rico las capitulaciones matrimoniales, para que sean válidas, tienen que otorgarse antes del matrimonio, si bien no hay un requisito de tiempo máximo para hacerlo y la eficacia de lo pactado está sujeta a que se celebre el matrimonio. De igual forma, cualquier modificación a su contenido tiene que realizarse con anterioridad al matrimonio pues una vez las capitulaciones matrimoniales entran en vigor no es posible llevar a cabo cambio alguno, ni podrán ser revocadas. Como consecuencia de lo anterior, cualquier cláusula incluida en el contrato de capitulaciones –entendemos que es un contrato de bienes con ocasión del matrimonio- que permita cambios durante el matrimonio se tiene por no puesta y no tendrá eficacia alguna. Es de notar en este punto que esta norma de inmutabilidad de los capítulos matrimoniales está insertada en una disciplina reguladora de la economía matrimonial en la que prevalece la prohibición de la contratación entre cónyuges, si bien permite el contrato de compraventa cuando los cónyuges han pactado separación de bienes o si media la separación judicial del patrimonio conyugal.[8]

De otra parte, en la normativa puertorriqueña, como también ya se ha señalado, la economía conyugal se regirá por la sociedad ganancial como régimen legal subsidiario en ausencia de capitulaciones matrimoniales, o si éstas son ineficaces o si en ellas no se estipula el régimen económico por el que se va a regir el matrimonio. Si los cónyuges han pactado en capitulaciones matrimoniales la separación absoluta de sus

[8] Véase artículos 1286, 1347 y 1568 del Código Civil de Puerto Rico que disponen, respectivamente, como sigue:

> Artículo 1286, L.P.R.A. 3588 Será nula toda donación entre cónyuges durante el matrimonio, salvo por las excepciones que a continuación se establecen:
>
> 1. Los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia.
>
> 2. La donación consistente en la conversión de la propiedad privativa de uno de los cónyuges sobre un inmueble que constituye la residencia principal del matrimonio en una propiedad de la sociedad legal de gananciales constituida por ellos. Esta conversión se hará mediante escritura pública, en la que se hará constar el hecho de que la propiedad convertida constituye la residencia principal de los cónyuges y que no existe al momento de hacerse la donación otra propiedad adquirida por la sociedad legal de gananciales bajo esta disposición. La donación no será colacionable en caso de fallecimiento del cónyuge donante.
>
> Art. 1347, 31 L.P.R.A. 3772 El marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes, o cuando hubiera separación judicial de los mismos bienes, autorizada con arreglo al capítulo V, título III, de este libro.
>
> Art. 1568, 31 L.P.R.A. 4323 No pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja.

patrimonios y luego adquieren o se obligan conjuntamente, puede tomar vigencia la normativa aplicable a la comunidad ordinaria de bienes si se demuestra que, en efecto así ocurrió, aun en ausencia de una estipulación previa sobre cómo se regirían las actuaciones conjuntas. El análisis de la jurisprudencia que hacemos a continuación así lo demuestra.

El caso de *Umpierre Del Valle v. Torres Díaz*[9] es particularmente importante porque allí el Tribunal Supremo examinó si unas capitulaciones matrimoniales en las que los otorgantes solamente hacen un inventario de los bienes que cada contrayente trae al matrimonio y le asignan un valor para el caso de liquidación, y en las que, respecto al régimen económico del matrimonio, sólo se establece una reserva de la facultad de cada cónyuge de actuar separadamente —facultad ésta que los cónyuges nunca ejercieron— son eficaces a los fines de establecer el régimen económico matrimonial. Ante la ausencia de elección por los cónyuges de un régimen económico, el tribunal determinó que se regirían por el régimen legal supletorio de gananciales por no haber sido éste expresamente rechazado en los capítulos.

Así, las partes en el referido caso, aunque otorgaron capitulaciones matrimoniales haciendo constar sus respectivos bienes privativos que aportaban al matrimonio y reservándose el derecho de administrarlos separadamente, enajenarlos y hacer negocios y adquirir otros bienes por su cuenta y sin necesidad de licencia o consentimiento de su cónyuge, no hicieron uso de tales facultades. En consecuencia, usaron y administraron los bienes como si fueran comunes y aportaron ambos su capacidad productiva y su esfuerzo personal para hacer crecer el caudal mientras estuvo vigente el matrimonio. Sobre ese escenario fáctico, y tras la disolución del vinculo matrimonial veinticinco años más tarde, el Tribunal Supremo determina que lo acordado por las partes en sus capítulos matrimoniales "y las actuaciones posteriores de los cónyuges no tuvieron otro efecto que hacer inventario de los bienes privados de cada uno y hacer reserva de unos derechos que a la postre no se ejercitaron, manteniéndose de hecho las relaciones económicas del matrimonio bajo el régimen de gananciales."[10]

El dictamen del tribunal de primera instancia que fue recurrido al Tribunal Supremo se negó a reconocer el reclamo de la esposa demandante de que se aplicara a su matrimonio el régimen de sociedad legal de gananciales, sobre el fundamento de que así hacerlo constituiría una alteración de lo pactado en los capítulos matrimoniales y por

[9] Umpierre Del Valle v. Torres Díaz, 114 D.P.R. 449 (1983).
[10] *Íd*. Pág. 451.

ende sería violatorio del la normativa legislativa y jurisprudencial vigente que impide la mutabilidad del régimen económico matrimonial. No obstante, el dictamen recurrido adjudicó a la demandante su aportación y esfuerzo al caudal acumulado constante matrimonio en una participación de diez por ciento del capital.

Comencemos por apuntar que la Opinión[11] del Tribunal Supremo hace, de entrada, una referencia crítica a la vigencia en Puerto Rico del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, y su consecuente prohibición de alteración de lo pactado por los futuros cónyuges en sus capítulos matrimoniales, para puntualizar que tal doctrina ha sido abandonada ya en muchos países. Aunque reconoce que el dictamen inferior fue acertado en su interpretación de la normativa aplicable, que entonces era la misma que existía cuando se otorgaron las capitulaciones, pero peor aún, es la misma hoy día, sesenta años más tarde, la Opinión distingue los hechos del caso ante su consideración y llega a un resultado diferente. Sobre la vigencia del principio de inmutabilidad, afirma:

> "Cabe notar aquí un paréntesis para señalar que la prohibición de variar las capitulaciones matrimoniales, o doctrina de su inmutabilidad, de origen oscuro --era desconocida en el Derecho romano-- ha caído en desuso y ha sido abolida en los más modernos códigos. Su rigidez fue atenuada en el Codice civile italiano luego de la reforma de 1942, y a partir de la Reale Oronzo de 1967 y del Proyecto de 18 de octubre de 1972 se permite la modificación de las capitulaciones matrimoniales bajo control judicial. En Francia, cuya legislación se considera originaria del principio de inmutabilidad, sus reformas legislativas, particularmente la Ley de 13 de julio de 1965, han establecido positivamente el principio contrario, es decir, de la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales. Y en España la inmutabilidad fue abolida mediante la reforma del Código Civil, por Ley de 2 de mayo de 1975. Véase, sobre la evolución de la doctrina, M. J. Herrero García, Contratos Onerosos entre Cónyuges, Salamanca, 1976, el capítulo titulado 'Contratos entre cónyuges y reglas del estatuto patrimonial', pág. 399 y siguientes, particularmente las págs. 412 a 418.
>
> La razón del principio de inmutabilidad, que el legislador español del 1975 adujo a la probabilidad de que 'a través de los pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones, de plena libertad', ha perdido virtualidad en nuestros tiempos. El pensamiento moderno se orienta hacia reconocer la igualdad entre las personas de sexos opuestos, sin que pueda señalarse que ninguna es per se más fuerte o más débil de voluntad que la

[11] El término Opinión lo utilizamos en el ordenamiento jurídico puertorriqueño para referirnos a la sentencia escrita del Tribunal Supremo.

> otra. Además, de ser la persona de un sexo más débil que la otra, ello sería razón de igual peso para desechar el principio de inmutabilidad, en vez de afianzarlo, pues la falta de voluntad o la voluntad viciada puede ocurrir antes del casamiento y no necesariamente después."[12]

Al aplicar el referido análisis al caso que tenía ante su consideración, la Opinión hace una flexible y –en parte—contradictoria aplicación del derecho vigente para concluir que no era necesario insertar la discusión en el ámbito de la deseabilidad de abandonar el principio de inmutabilidad, lo que claramente requeriría un desarrollo legislativo fuera del alcance de la función judicial. Para justificar su posición, afirma que los hechos del caso no demostraron que se hubieran variado las capitulaciones matrimoniales de los cónyuges sino que lo que ocurrió fue que los cónyuges, respectivamente, aportaron bienes al matrimonio, identificándolos adecuadamente para que su valor le fuera fácilmente adjudicado en el escenario posible de una posterior disolución matrimonial y su liquidación correspondiente. Eso, a juicio del Tribunal Supremo, no fue alterado en forma alguna sino que, en virtud de otra estipulación, la referente a que cada cónyuge tendría la potestad de administrar sus propios bienes y de realizar toda clase de negocios, junto al reconocimiento de que cada cónyuge podría continuar haciendo negocios con sus bienes, no debía interpretarse como que le daría a los cónyuges la exclusiva administración de sus bienes o que les obligaba a excluir al otro de sus negocios patrimoniales: "En otras palabras, los cónyuges no estaban obligados por las capitulaciones pactadas a mantener una separación absoluta de sus bienes y de los frutos de éstos. Podían hacerlo, si querían, pero no lo hicieron."

Superado, en tal análisis, el escollo de la prohibición de alterar el régimen económico del matrimonio, la Opinión se concentra en justificar que los cónyuges se comportaron, en su economía conyugal, como si hubieran constituido entre ellos una sociedad legal de gananciales. Consideramos que ello era totalmente innecesario pues ante la ausencia de una selección eficaz del régimen económico para el matrimonio, lo más elemental lógica jurídica levaría a la activación del régimen legal supletorio de

[12] *Íd*. Pág. 457. La Opinión del Tribunal Supremo reconoce, sin embargo, que mucho tiempo antes de la reforma provocada por la Ley 14/1975 la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español había hecho una interpretación maleable del principio de inmutabilidad del régimen económico conyugal: "Ya en sentencia de 21 de febrero de 1900 admitía la celebración de convenios entre marido y mujer mientras no se afectase el régimen de la sociedad ni implicasen merma en sus respectivos intereses o tendieran a eludir alguna ley prohibitiva. Y en resolución de 16 de marzo de 1959 se estimó que no constituye alteración de capitulaciones 'un contrato de sociedad limitada entre los cónyuges'. J. Castán Tobeñas, Derecho civil español, común y foral, 9na ed., Madrid, Ed. Reus, 1976, T. V, Vol. 1, págs. 320-321" *Íd*.

sociedad legal de gananciales, sin necesidad de atender a la conducta de las partes. De hecho, así lo afirma tímidamente la Opinión, pero su insistente referencia a la conducta de los cónyuges en su economía matrimonial ha causado opiniones doctrinales divergentes, como más adelante esbozamos:

> "Hemos señalado que las actuaciones de las partes del caso ante nuestra consideración no constituyeron variaciones de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por ellos. Nada hicieron ellos que estuviera prohibido o en contravención de lo pactado. Aportaron sus bienes al matrimonio que contrajeron, le asignaron un valor para el caso de la disolución de la sociedad conyugal y establecieron que cada cónyuge podría disponer de ellos y entrar en negocios sin el consenso del otro. No se obligaron a así hacerlo. De ahí que casi desde los inicios de su unión conyugal y por más de veinte años, administraron sus bienes como si fueran de ambos; se obligaron solidariamente frente a acreedores y garantizaron sus créditos con gravámenes que impusieron a sus propiedades, indistintamente; aportaron su trabajo y su esfuerzo al empeño común de acrecentar el capital; y adquirieron cuantiosos bienes para ambos, sin hacer distinciones en cuanto a la procedencia del dinero invertido en su adquisición. Bajo estos hechos, es evidente que de verdad las partes rigieron su matrimonio como una sociedad legal de gananciales. Ésta no fue descartada y *cobró vigencia entre las partes por su propio efecto supletorio*." [13]

Merece la pena llamar la atención al hecho de que el razonamiento del Tribunal Supremo resulta contradictorio, además, con el énfasis que el texto de la Opinión le da a la doctrina clásica sobre la naturaleza del contrato capitular cuando, apoyado en la opinión de MANRESA y ALBALADEJO[14], entre otros, afirma:

> "Manresa dice que '[S]e trata de un contrato' en que, con la salvedad de disposiciones por causa de muerte, '[c]abe que se mezclen otros contratos más o menos relacionados con el principal'. J.M. Manresa, Comentarios al Código Civil Español, 6ta ed., Madrid, Ed. Reus, 1969, T. IX, pág. 123. Al referirse a su irrevocabilidad, señala en la misma página: 'Lo estipulado en dichas capitulaciones es irrevocable, porque, si no, no se trataría de un contrato, sino de un acto de última voluntad que exige solemnidades distintas, si bien es irrevocable en el sentido propio y natural de esta palabra, en el sentido de no poder revocarse por la sola voluntad más o menos arbitrariamente, lo cual no obsta a que pueda quedar sin

[13] *Íd.* Pág. 461. Igual observación hacemos respecto a la parte de la Opinión que cita con aprobación la doctrina de Lacruz y de Sancho Rebullida, pues no me parece aplicable por analogía al cuadro fáctico de Umpierre v. Torres, *supra*, en el que no se pactó que regiría el régimen de gananciales, en efecto, no se pactó régimen alguno.

[14] La referencia a estos autores es copia literal de la Opinión del Tribunal Supremo.

efecto la estipulación, por cumplimiento o incumplimiento de condiciones.'"[15]

A juicio de FRATICELLI, con la decisión en el caso *Umpierre v. Torres* el alto Foro ha flexibilizado la norma de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales porque es consciente de que "estas limitaciones son anacrónicas y afectan el desarrollo de las relaciones económicas de los cónyuges".[16] Fundamenta su opinión, a su vez, en su apreciación de las expresiones del Tribunal Supremo en el sentido de que "las capitulaciones admiten toda clase de condiciones, después que no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público, pero la estipulación puede dejarse sin efecto por incumplimiento de las condiciones o porque sólo constituyen una reserva de derechos de los cónyuges y no impone la obligación de cumplirlas".[17] Su apreciación la lleva a concluir que *los actos* de los cónyuges en su actividad patrimonial constante matrimonio sometieron la economía conyugal a la normativa de la sociedad legal de gananciales, al quedar esta "como derecho supletorio" no excluido en el contrato capitular.

No comparto dicha apreciación completamente, puesto que considero que lo determinante, ante los hechos del caso *Umpierre v Torres*, fue que los contrayentes no habían pactado régimen económico alguno, por lo que en su decisión el Tribunal alude expresamente a que el régimen de sociedad legal de gananciales "*cobró vigencia entre las partes por su propio efecto supletorio.*"[18]. Es decir, el matrimonio se rigió por el régimen legal de sociedad de gananciales por operación de ley, puesto que por eso es el régimen legal que se activa supletoriamente ante la inexistencia de un pacto válidamente seleccionado o por ineficacia del mismo. Cierto es que, justo antes de la precitada afirmación el Tribunal Supremo hace referencia a que "es evidente que de verdad las partes rigieron su matrimonio como una sociedad legal de gananciales", [19] lo que parece ser la génesis de la idea de que la conducta de los cónyuges en su economía matrimonial fue lo que determinó el régimen económico.

Esto último, sin embargo, en estricto rigor conceptual, puede resultar contradictorio e incorrecto, pues no cabe hablar de inmutabilidad del régimen

[15] *Íd.* Pág. 459.
[16] M. Fraticelli Torres, Un nuevo acercamiento a los regímenes económicos del matrimonio: La sociedad legal de gananciales en el Derecho puertorriqueño, 29 Rev. Jur. U.I.P.R. 413, 437 (1995).
[17] *Íd.* Pág. 437.
[18] Umpierre Del Valle v. Torres Díaz, *supra*, Pág. 462.
[19] *Íd.*

económico matrimonial y a la vez darle valor determinante a la forma en la que los cónyuges conducen su economía conyugal. Tal interpretación es patentemente contraria a la norma vigente de inmutabilidad del régimen económico matrimonial pues permitir que la conducta de los cónyuges, en su relación patrimonial, pueda determinar el régimen económico matrimonial sería la forma más patente y clara de permitir la mutabilidad. Si bien defendemos que el Derecho puertorriqueño debe abandonar, de una vez por todas, el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, pues puede haber razones para ello, lo cierto es que tal cambio requiere de la acción legislativa que por mucho tiempo se ha hecho esperar. Por ende, cualquier interpretación de la normativa vigente de forma inconsistente con el principio de inmutabilidad es contraria a derecho en la medida en que deje al arbitrio de la conducta de los cónyuges la posible mutabilidad del régimen económico de su matrimonio.

Más aun, considero que el propio Tribunal Supremo de Puerto Rico estaba alertado sobre la confusión que venía fraguándose a raíz de las divergentes interpretaciones de sus expresiones en el contexto de determinados casos particulares y que por ello se negó aplicar el régimen de gananciales a un matrimonio aun cuando la esposa alegaba la existencia de una sociedad ganancial porque condujeron su relación patrimonial como tal. Es menester hacer referencia específica sobre este particular a lo resuelto en el caso *Cruz Ayala v. Rivera Pérez*. [20], que si bien es producto de un voto mayoritario pluralista, no es menos cierto que demuestra que los miembros de esa curia estaban muy conscientes de la confusión que venían provocando los desarrollos jurisprudenciales previos. En concreto, la Opinión concurrente del Juez Asociado Señor Fuster Berlingeri, a la cual se unió el Juez Presidente Señor Andreu García, lo apunta sin sutilezas: [21]

> "Conforme a la aludida naturaleza de las capitulaciones matrimoniales, no cabe que el contrato que las formaliza sea interpretado judicialmente para añadir elementos nuevos o para variar los términos de lo pactado. Dicho contrato no está sujeto a revisiones judiciales que en efecto alteren la voluntad originaria de las partes. Es por ello que no tiene mérito alguno el planteamiento que nos hace la peticionaria Rivera Pérez, de que resolvamos que en su caso las capitulaciones pactadas no excluyen la existencia de un régimen legal de gananciales. Aquí los futuros cónyuges habían pactado clara y expresamente que en su matrimonio se mantendrían separadas la propiedad y la administración de sus bienes

[20] Cruz Ayala v. Rivera Pérez, 141 D.P.R. 44 (1996)
[21] *Íd*. Pág. 57.

> presentes y futuros, y que se descartaba el régimen económico de la sociedad de bienes gananciales. No podemos alterar ese claro acuerdo. No están presentes en este caso las circunstancias *excepcionales* que dieron lugar a nuestros pronunciamientos muy particulares en *Umpierre v. Torres Díaz*, 114 D.P.R. 449 (1983), y en *Domínguez Maldonado v. E.L.A.*, 137 D.P.R. 954 (1995). Acceder al planteamiento de la peticionaria significaría hacer otra modificación más al ordenamiento jurídico sobre las capitulaciones matrimoniales, que bastante enrevesado está ya, en virtud de nuestras decisiones en *Domínguez Maldonado v. E.L.A.*, supra, y en *Umpierre v. Torres Díaz*, supra. Una ampliación o extensión de lo pronunciado en esas dos decisiones no sólo desnaturalizaría la figura jurídica del contrato de capitulaciones matrimoniales, sino que, además, sería totalmente innecesario, ya que el caso de autos puede resolverse de una manera más sencilla.

De otra parte, la Opinión disidente[22] emitida por el Juez Asociado Señor Negrón García, a la cual se unió el Juez Asociado Señor Hernández Denton, también confirma que en el seno del Tribunal Supremo se debatía el manejo que la doctrina jurisprudencial le dispensaba a la voluntad de las partes, constante matrimonio, para determinar el régimen económico que regiría su actividad patrimonial. De hecho, con patente especificidad, la referida Opinión asegura que la esposa recurrente no estaba en lo correcto al apoyar su contención en lo resuelto previamente en el caso *Umpierre v. Torres*, porque el escenario fáctico allí presente era claramente distinguible.

A esos efectos resalta que en *Umpierre* los esposos habían otorgado unas capitulaciones matrimoniales en las que se limitaron a hacer un inventario de los bienes propios y su respectiva valoración para el supuesto de liquidación por razón de disolución matrimonial. Nótese que ello puede entenderse como un tipo de pacto en previsión de ruptura, cuestión que no fue objetada en forma alguna, aunque quizá haya sido inadvertidamente. Lo cierto es que los otorgantes nada acordaron respecto al régimen que regiría la economía conyugal, si bien se reservaron la facultad de disponer de sus respectivos bienes y hacer negocios con ellos sin el consenso del otro. Además, resalta el que considera ser el hecho más distintivo, léase que el matrimonio Cruz-Rivera sí rechazó expresamente el régimen de la sociedad de bienes gananciales en su contrato capitular, mientras que los esposos Umpierre-Torres nada acordaron al respecto.[23]

---

[22] *Íd.* Pág. 63.

[23] *Íd.* :

> "Esta distinción es crucial y decisiva. Es suficiente para resolver que el primer señalamiento de error no fue cometido. Para intentar superar este escollo se discute y aplica infructuosamente Domínguez Maldonado v. E.L.A., 137 D.P.R. 954 (1995).

Lo anterior le sirve de peana al juez ponente para afirmar que esos particularísimos hechos llevaron al tribunal a resolver que la actividad patrimonial del matrimonio en cuestión como si tuvieran constituido entre sí el régimen de ganancialidad no representaba una variación de lo acordado en el contrato capitular. Coincidimos con tal apreciación, pero entendemos que ello para nada requiere atender a la forma en la que los cónyuges condujeron su patrimonio, sino que lo que ocurre es una consecuencia forzosa del efecto que tiene la existencia de un régimen legal supletorio que opera *ex propio vigore*, por el solo hecho de que los entonces futuros cónyuges nada acordaron sobre el régimen al que someterían la economía de su matrimonio cuando otorgaron sus capitulaciones matrimoniales. Conceptualmente, ese es el razonamiento que cabe porque es ajeno a la idea de que la voluntad de las partes, entiéndase ésta manifestada en su conducta patrimonial, es eficaz a los efectos de determinar el régimen económico matrimonial. Lo contrario, como antes dijimos, choca con la normativa legislativa vigente que conceptualiza el sistema ganancial como régimen legal supletorio.

Para terminar el análisis de esta Opinión disidente, cabe mencionar que la solución concreta que su juez ponente propone es, aunque por fundamentes distintos, igualmente inaceptable desde la perspectiva que buscaría proveerle a la recurrida una solución que le hiciera justicia, y esa pudiera ser la razón por la cual no consiguió el apoyo mayoritario. Veamos. Luego de concluir que los esposos Cruz-Rivera convinieron expresamente mantener separados todos sus bienes presentes y futuros y aunque nada pactaron sobre las normas que seguirían sobre cargas, disposición y

---

En Domínguez Maldonado v. E.L.A., *supra*, pág. 957, la Opinión mayoritaria expuso que en las capitulaciones matrimoniales las partes acordaron " 'que no rija la sociedad económica de gananciales en el matrimonio a celebrarse entre ellos ....' Sin embargo, no indicaron bajo cuál régimen económico se regirían una vez contraído el matrimonio". (Énfasis suplido.) Concluyó entonces que, aunque los cónyuges hubieran actuado como si existiera el régimen ganancial, éste no surgió. Lo "contrario sería variar jurisprudencialmente la doctrina de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales". Reconocieron que pudo haber existido una comunidad de bienes entre los cónyuges y devolvieron el caso al tribunal de instancia para que determinase sobre su existencia.

Ante ese curso decisorio disentimos, por entender que las capitulaciones eran deficientes, pues no precisaban las reglas que gobernarían la relación conyugal. A falta de capitulaciones válidas, debió regir la sociedad de bienes gananciales.

En el caso ante nos, los novios Cruz-Rivera inequívocamente rechazaron el régimen ganancial y escogieron el régimen de separación de bienes. En recta compatibilidad doctrinal, no aplican Umpierre v. Torres Díaz, *supra*, ni Domínguez Maldonado v. E.L.A., *supra*."

liquidación de bienes, la Opinión disidente afirma, siguiendo a ALBALADEJO[24], que la vigencia del régimen de separación no impide que los cónyuges adquieran bienes en común pro indiviso.[25] No obstante, sobre esa doctrina hace una interpretación de los hechos particulares del caso ante su consideración que resulta a todas luces, cuando menos, inconsistente con otras decisiones de ese mismo juez:[26]

> "Vemos, pues, que en cuanto a la liquidación de dicho apartamento, aplica el régimen general del código sobre la comunidad ordinaria de bienes. Establece que, *a falta de prueba* sobre las porciones correspondientes a cada partícipe, se presumirán iguales. Art. 327 del Código Civil, 31 L.P.R.A. sec. 1272. *Sin embargo, esa no es la situación de autos*. Evaluada la transcripción de evidencia, la prueba documental y los alegatos de las partes, forzoso es concluir que, a la luz de la doctrina vigente, *la señora Rivera Pérez no tiene participación alguna en la comunidad*.
>
> Primero, es un dato no contradicho que la totalidad del pronto, los pagos mensuales de hipoteca y el mantenimiento siempre los hizo de su propio peculio el señor Cruz Ayala. Nunca hubo aportación pecuniaria alguna de la señora Rivera Pérez.
>
> A estos efectos nos dice Lacruz Berdejo que "teóricamente la circunstancia de que el patrimonio de ambos esposos esté separado no excluye la adquisición de cosas en común; prácticamente así se presumirá, por de pronto, en cuanto a los elementos de la economía doméstica y familiar que en común se poseen, y que han sido adquiridos sin especificar quién es el cónyuge que suministra los medios: para que sean de un cónyuge es preciso probar que fue él quién suministro el dinero". (Énfasis suplido.) J.L. Lacruz Berdejo y F. Sancho Rebullida, Derecho de Familia, 3ra ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1978, Vol. I, pág. 533.
>
> Segundo, conforme a la prueba, el trabajo realizado por la señora Rivera Pérez en el negocio del señor Cruz Ayala, sus gestiones y ayudas que como esposa hizo para beneficio de éste, y su colaboración como ama de casa, no pueden considerarse extraordinarias, según las circunstancias fácticas presentes; por ende, no son susceptibles de estimarse o abonarse como participación suya en la comunidad sobre el apartamento."

---

[24] La referencia a la obra de Albaladejo es copia literal de la Opinión.

[25] *Íd.* Pág. 63. La adquisición en comunidad estaba debidamente documentada en la escritura, según lo admite la propia Opinión disidente:

> "Al comparecer los esposos Cruz-Rivera en la escritura de compraventa del apartamento en el Condominio Solimar, constituyeron una comunidad ordinaria entre ambos. Como dice Albaladejo, *op. cit.*, pág. 196, existe el régimen de separación "¿si los esposos adquieren conjuntamente algún bien o derecho [que] se entiende que les pertenece, en principio, en proindiviso ordinario". (Énfasis suplido.) Por su parte, Espín, *op. cit.*, pág. 186, sostiene "que si no es posible acreditar a cu[á]l de los cónyuges pertenece algún bien, corresponde a ambos por mitad. Comunidad ordinaria, por cuotas, sobre cada bien o derecho que en esta situación se halle y a la que se aplica, por tanto, el régimen general del Código'". *Íd*. Pág. 65.

[26] *Íd.* Pág. 65. De hecho, como se reseña más adelante, el Juez Negrón García fue quien abogó insistentemente en defensa de los derechos de la esposa recurrente en el caso Domínguez v. ELA, *supra*.

Luego de tales expresiones, la Opinión disidente hace una forzada interpretación del deber que tienen los cónyuges de ayudarse y socorrerse mutuamente. Ello lo lleva a concluir que cualquier esfuerzo o gestión que la recurrente hubiera hecho en beneficio del negocio de su cónyuge, que no se entendiera retribuido en concepto del salario que recibía, debía atribuirse a su aportación al levantamiento de las cargas familiares y no a una participación como comunera en el inmueble adquirido conjuntamente con su esposo.[27] No nos persuade su afirmación de que tal conclusión no dejaría huérfana de remedio a la ex esposa recurrente porque ésta tenía la opción de invocar el derecho a alimentos en calidad de ex cónyuge, al amparo del Artículo 109 del Código civil de Puerto Rico.[28] Tales criterios, como puede apreciarse del contenido del precepto de referencia que transcribimos, son muy similares a los consignados en el art. 97 del Código Civil español, previsto, como es sabido, para determinar si procede conceder o

---

[27] *Íd.* Pág. 71. Tal apreciación se fundamentó, básicamente, en lo siguiente:

> "En otras palabras, de ordinario, la aportación de la actividad de un cónyuge en el negocio del otro se calificará como los cónyuges, excepto cuando exceda lo razonable. Quien más allá de esa medida de razonabilidad convierta al cónyuge en su empleado, se expone a las consecuencias de tener que retribuirlas como aportaciones en colaboración.
>
> Bajo este prisma, no se discute que la señora Rivera Pérez realizó un trabajo para el hogar conyugal. También lo hizo en el negocio del señor Cruz Ayala. Ahora bien, de su deposición en evidencia surge que el señor Cruz Ayala la remuneraba y pagaba un sueldo regular semanal por sus gestiones en el negocio. Más aún, él sostenía exclusivamente las cargas económicas del matrimonio, ya que satisfacía y pagaba todos los gastos diarios de la casa, luz, agua, comida, y cubría además los gastos personales de ella. Además, la señora Rivera Pérez, luego de casarse, renunció voluntariamente a su trabajo como asistente del Dr. Carlos Matos, para conveniencia del matrimonio. Respondió así al deber expreso de socorro y cooperación mutua entre cónyuges."

[28] El texto del precepto es el siguiente:

> Artículo 109, 31 L.P.R.A. sec. 385.
>
> Si decretado el divorcio por cualesquiera de las causales que establece el Artículo 96 de este Código, cualesquiera de los ex cónyuges no cuenta con suficientes medios para vivir, el Tribunal Superior podrá asignarle alimentos discrecionales de los ingresos, rentas, sueldos o bienes que sean de la propiedad del otro cónyuge.
>
> El Tribunal concederá los alimentos a que se refiere el párrafo anterior, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:
>
> (a) Los acuerdos a que hubiesen llegado los ex cónyuges.
>
> (b) La edad y el estado de salud.
>
> (c) La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
>
> (d) La dedicación pasada y futura a la familia.
>
> (e) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
>
> (f) La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
>
> (g) El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
>
> (h) Cualquier otro factor que considere apropiado dentro de las circunstancias del caso.
>
> Fijada la pensión alimenticia, el juez podrá modificarla por alteraciones sustanciales en la situación, los ingresos y a fortuna de uno u otro excónyuge. La pensión será revocada mediante resolución judicial si llegase a hacerse innecesaria, o por contraer el cónyuge divorciado acreedor a la pensión nuevo matrimonio o si viviese en publico concubinato.

no una compensación por desequilibrio económico, en los supuestos de separación judicial o divorcio.

De todas formas, creemos pertinente señalar que en el tiempo transcurrido desde que el Tribunal Supremo emitió la Opinión en el caso *Umpierre Del Valle* y el momento el que resuelve mediante sentencia el caso *Cruz Ayala*, el tribunal tuvo ante su consideración el importantísimo caso *Domínguez v. E.L.A.*[29] Ello definitivamente, es medular para entender el pretendido acomodo doctrinal que, entendemos, no se logró.

### 2.3 Capacidad de los otorgantes

En cuanto a la capacidad para otorgar capitulaciones, la regla general es que toda persona capaz de contraer matrimonio válido puede otorgar capitulaciones matrimoniales, pero cuando se trata de menores de edad o incapaces es necesario que concurran también las personas llamadas por la ley a consentir al matrimonio,[30] quienes deberán asimismo comparecer a la realización de cualquier modificación a los capítulos.

En relación con lo anterior, en *Gil Enseñat v. Marini Román*,[31] el Tribunal Supremo estableció que la incomparecencia de cualquiera de las personas llamadas por ley a concurrir al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales de un menor causa su nulidad absoluta, aunque al matrimonio hayan consentido esas personas. Su decisión se fundamentó en la interpretación del artículo 1270[32] del Código Civil puertorriqueño como una excepción a la norma general que rige en sede de contratos, por lo que requiere la concurrencia de unas personas específicas al acto de otorgación de los capítulos matrimoniales, sin las cuales el documento jurídico carece de validez.

Se trataba en dicho caso de una joven menor de edad que, antes de contraer matrimonio, otorgó junto a su futuro esposo, un contrato de capitulaciones matrimoniales en el que compareció la madre de la joven a completar la capacidad de

---

[29] Véase la discusión detallada del caso *Domínguez* en el Capítulo II de este trabajo.

[30] De modo similar a lo que se consigna en el Art. 1.329 del Código Civil español, en el que para el supuesto de menores de edad se requiere el concurso y consentimiento de los padres o el tutor:
*El menor que con arreglo a la ley pueda casarse podrá otorga capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación.*

[31] Gil Enseñat v. Marini Román, 167 D.P.R. 553 (2006).

[32] Su texto lee como sigue: Art. 1270, 31 L.P.R.A. 3554, El menor, que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales; pero únicamente serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio.

ésta pero no así el padre, quien ostentaba la patria potestad compartida sobre la menor.[33] Posteriormente el matrimonio se disolvió por divorcio y la joven, ya mayor de edad, impugnó judicialmente la validez de las capitulaciones por entender que el artículo 1270 del Código Civil de Puerto Rico exige la comparecencia de ambos padres con patria potestad al otorgamiento del contrato capitular del contrayente menor de edad. Arguyó que tal deficiencia produjo la nulidad absoluta de las capitulaciones matrimoniales y la correspondiente vigencia del régimen legal supletorio de sociedad legal de gananciales. El ex cónyuge, por su parte planteó que la citada incomparecencia del padre de la contrayente menor de edad sólo produjo la anulabilidad del contrato capitular y que cualquier acción para impugnar su validez estaba prescrita.

Trabada así la controversia, y luego de completado el trámite procesal correspondiente en los tribunales inferiores, el Tribunal Supremo se aferró a la doctrina española previa a las reformas operadas respectivamente por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, y por la Ley 11/198, de 13 de mayo, para decretar la nulidad absoluta de las referidas capitulaciones matrimoniales, pero antes hizo constar que la doctrina civilista española ha dado distinta lectura al precepto legal así reformado:

> "Alega, en síntesis, el peticionario Marini Román que unas capitulaciones otorgadas por un menor, sin el concurso de uno de sus padres con patria potestad, no son radicalmente nulas, sino meramente anulables. A su entender, la doctrina civilista española mayoritaria apoya la referida conclusión. No le asiste la razón.
>
> Es preciso destacar que el Art. 1270 de nuestro Código Civil, ante, proviene del antiguo Art. 1.318 del Código Civil español, el cual disponía exactamente lo mismo. Domínguez Maldonado v. E.L.A., ante, pág. 962.
>
> El referido artículo español fue enmendado como parte de la reforma de leyes que regulan a las personas y la familia. En específico, fue en virtud de la Ley de 2 de mayo de 1975 que se abolió en España la inmutabilidad de las capitulaciones. Domínguez Maldonado v. E.L.A., ante, pág. 962; Umpierre v. Torres Díaz, ante, pág. 458. Véanse, a esos efectos: Santos Briz, op. cit., pág. 125; L. Díez-Picazo y A. Gullón, Sistema de Derecho Civil, Madrid, Ed. Tecnos, 1978, Vol. IV, pág 151; J.

[33] En la Opinión el Tribunal Supremo resalta que distinto al Código civil de Puerto Rico, el español no fue modificado para establecer que la patria potestad sería compartida entre ambos cónyuges hasta que eventualmente operó la reforma en Derecho de familia. Por tal razón, la doctrina científica no se planteaba qué tipo de ineficacia produciría la ausencia de uno de los padres con patria potestad sobre un menor de edad en el otorgamiento del contrato capitular. Ello era así pues, de conformidad con el ordenamiento jurídico español, "sólo podía recurrir una persona al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por un menor de edad, a saber, si se trataba de hijos legítimos, tenía que concurrir al referido acto, en primer término, el padre; si éste faltaba o si se hallaba impedido, recurriría en orden sucesivo la madre, el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna o materna y, en su defecto, el consejo de familia." Gil Enseñat v. Marini Román, supra, pág. 571.

> Castán Tobeñas, Derecho civil español, común y foral, 9na ed., Madrid, Ed. Reus, 1976, T. V, Vol. I, pág. 305.
>
> Como consecuencia de la aprobación de la Ley de 13 de mayo de 1981, el Art. 1.318 del Código Civil español fue enmendado y convertido en el Art. 1.329. Este artículo tiene la peculiaridad de que autoriza al menor de edad a otorgar capitulaciones matrimoniales en cualquier momento y otorgarlas sin la comparecencia de persona alguna, si únicamente se limita a pactar en éstas el régimen de separación o participación.
>
> Acorde con las antes mencionadas enmiendas, la doctrina civilista española más moderna entiende que, ante la incomparecencia de una de las personas designadas en ley para concurrir al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, no se debe hablar de nulidad, sino de anulabilidad. M. Albaladejo, Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Madrid, Ed. Rev. Der. Privado, 1978, T. XVIII, Vol. 1, pág. 50. Véase, además, J. Puig Brutau, Fundamentos de Derecho Civil, 2da ed., Barcelona, Bosch, 1985, T. IV, pág. 117."[34]

Luego de acotar la importancia de que el referido cambio legislativo no haya ocurrido en el Derecho puertorriqueño, el Tribunal Supremo pasa a considerar la cuestión en controversia a la luz de la doctrina española anterior a las mencionadas reformas, por ser ésta de entera aplicabilidad al texto preceptuado aún en el Código Civil de Puerto Rico. En ese sentido, y sobre la base de que todavía rige el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, procede a hacer las siguientes expresiones que de forma categórica se decantan por la determinación de absoluta nulidad para las capitulaciones del menor de edad cuando no comparecen a su otorgamiento las personas llamadas por la ley a dar su consentimiento al matrimonio:[35]

> "Ahora bien, y como mencionamos anteriormente, el Art. 1270 de nuestro Código Civil, ante, dispone que únicamente serán válidas las capitulaciones matrimoniales de un menor de edad si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor para contraer matrimonio. A su vez, dispone que "[e]n el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio con arreglo a la ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales". (Énfasis suplido.)
>
> Por lo tanto, si no se cumple con el anterior requisito, del concurso y firma de las personas referidas, somos del criterio que las capitulaciones matrimoniales son nulas. Véanse, a esos efectos: Castán Tobeñas, op. cit., pág. 231; Manresa y Navarro, op. cit., pág. 169; F. Puig Peña, Tratado de

[34] Gil Enseñat v. Marini Román, *supra*, pág. 571.
[35] *Íd.* Pág. 572.

Derecho Civil Español, Madrid, Ed. Rev. Der. Privado, 1953, T. II, Vol. I, págs. 259–260; Scaevola, op. cit., pág. 212.

Es decir, "[c]omo inmediata consecuencia, el menor de edad que otorga sus capitulaciones matrimoniales sin la asistencia de las personas a que se refiere [el Art. 1270, ante, aun cuando después contraiga matrimonio con consentimiento de esas personas,] cae bajo el imperio de la última parte de este artículo, su matrimonio es válido, sus capitulaciones fueron nulas". (Énfasis suplido.) Manresa y Navarro, op. cit., pág. 170.

El requisito de la concurrencia de las antes mencionadas personas es esencial, ya que "es el único que, como especial, exige el Código para la validez de las capitulaciones matrimoniales de un menor, y como en ellas pueden otorgarse verdaderos actos de enajenación o gravamen, aun de bienes inmuebles, no deja de ser una excepción importante en las reglas generales de la contratación". Manresa y Navarro, op. cit., pág. 165. Acorde con lo anterior —según expresa Manresa y Navarro— si "las personas a quienes corresponde no concurrieron ni firmaron en las capitulaciones matrimoniales, éstas no tienen fuerza alguna. La ley supone que nada se ha pactado, y el matrimonio se entiende contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales". (Énfasis suplido.) Manresa y Navarro, op. cit., pág. 171.

Por lo tanto, el referido contrato es "inexistente, cuya inexistencia es consecuencia natural de la nulidad del acto; no se trata de una pura formalidad exigida por la ley, se trata de un requisito esencial sin el cual, no media verdadero consentimiento". Manresa y Navarro, op. cit., pág. 173. Véase, además, Scaevola, op. cit., pág. 212.[36]

También es meritorio señalar que la Opinión de Tribunal Supremo de Puerto Rico hace referencia a que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español igualmente había establecido que *"la falta del concurso de las personas designadas por la ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio, determina la "nulidad absoluta", la "inexistencia" de las capitulaciones matrimoniales que los cónyuges intentaron llevar a cabo. Peña Bernaldo de Quirós, ante, págs. 305–306. Véanse, además: Santos Briz, op. cit., pág. 127; F. Puig Peña, Compendio de Derecho Civil Español, 3ra ed., Madrid, Eds. Pirámide, 1976, T. 1, pág. 131; L. Díez-Picazo, Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, Madrid, Ed. Tecnos, 1969, Vol. II, pág. 339.*"[37]

La referida Opinión del Tribunal Supremo, en consecuencia, se negó a aplicar al caso la doctrina general de los contratos con respecto a los vicios del consentimiento por razón de minoridad, por lo que rechazó el argumento del recurrido de que, a la luz de las circunstancias particulares del caso, el contrato era anulable y no nulo. Por ende, no aplicó el término de impugnación de cuatro años desde que el menor de edad llega a

[36] *Íd.* Pág. 575. No obstante, la Opinión reafirma, citando a Scaevola, que los verdaderos otorgantes son los futuros contrayentes, incluido el contrayente menor de edad.
[37] *Íd.* Pág. 576.

la mayoridad que, en este caso concreto, hubiese provocado la prescripción de la acción. Por el contrario, procedió a resolver que habiendo el legislador establecido para las capitulaciones matrimoniales otorgadas por menores una excepción a la norma general de los contratos, debe entenderse que provoca nulidad absoluta el incumplimiento con el requisito de que concurran al acto unas personas en particular, cuya ausencia produce que el documento jurídico no tenga validez.[38]

### 2.4 Libertad de estipulación

Como antes se apuntó antes, en atención al principio de la autonomía de la voluntad, el Tribunal Supremo puertorriqueño ha establecido que los cónyuges tienen amplias opciones para diseñar su régimen económico matrimonial conforme a sus designios. Esa libertad de estipulación, como se observa en el caso que se discute a continuación, incluye la posibilidad de abarcar un acuerdo en el que se pacte un régimen económico que sea más beneficioso para uno de los cónyuges e, incluso, oneroso para alguno de éstos.

En *Vilariño Martínez v. Registrador, 88 D.P.R 288 (1963) se* presentó en el Registro de la Propiedad una escritura por virtud de la cual el demandante compró una finca urbana, y en la cual se hizo constar que como comprador podría poseer, gozar, usar y disfrutar el inmueble como su único y legítimo dueño, sin limitación alguna. Se acompañó como complementaria, copia certificada de una escritura otorgada para protocolizar otra, otorgada por el demandante y su esposa en Madrid, España, ante el notario Manuel Amorós González sobre capitulaciones matrimoniales.[39]

---

[38] Ello provocó que el caso fuera devuelto al foro de primera instancia para la correspondiente liquidación de la comunidad de bienes post ganancial: "En virtud de todo lo anteriormente expuesto, resolvemos que no fueron válidas las capitulaciones otorgadas en el presente caso, ya que el padre de Gil Enseñat no prestó su consentimiento a éstas. Conforme a lo anterior, por ser las capitulaciones radicalmente nulas, éstas nunca tuvieron vida jurídica. En consecuencia, nunca existió un término para impugnar su validez. Por ser esto así, la acción presentada por Gil Enseñat no está prescrita, ya que lo nulo nunca tuvo vida jurídica, por lo cual es posible en cualquier momento decretar la nulidad del contrato. Ello en virtud de que "en los casos de nulidad absoluta, la acción podrá interponerse por cualquier interesado y notoriamente por los acreedores de los cónyuges, quedando excluida la confirmación o convalidación del negocio nulo, y asimismo, en principio, la prescripción de la acción". Lacruz Berdejo, *op. cit.*, pág. 129." *Íd*. Pág. 577.

[39] Las cláusulas tercera y cuarta dispusieron:

> 'Tercera: Los comparecientes han convenido que el capital aportado por Don Frank Vilariño se considere como privativo suyo durante su matrimonio con Doña Adela Rull y sujeto a su exclusiva administración, así como también los bienes muebles e inmuebles y derechos reales y personales, pudiendo transmitirlos, enajenarlos, venderlos,

El Registrador inscribió tal operación pero notificó el defecto subsanable de no haberse acreditado la naturaleza privativa del inmueble pues las capitulaciones matrimoniales no revelaban el régimen económico matrimonial que regiría los bienes adquiridos durante el matrimonio ni tampoco se acreditó el carácter privativo del dinero utilizado para la compra. En atención a ello, los esposos procedieron a otorgar una escritura con el propósito de aclarar las capitulaciones matrimoniales, y a esos fines, dispusieron "*Cuarto: Que los comparecientes desean aclarar expresamente, ya que esa fue la intención y el propósito de ellos al otorgar sus capitulaciones matrimoniales, que Don Frank Vilariño Martínez podría adquirir y también trasmitir, enajenar, vender, traspasar, permutar o gravar, después de su matrimonio, toda clase de bienes muebles e inmuebles, derechos reales y personales, sin limitación alguna, y sin el consentimiento de su cónyuge, al igual que lo hace y lo ha hecho la otra compareciente, Doña Adela Rull Moratalla."*

Esta última escritura, la de "*aclaración*", fue presentada en el Registro para subsanar el defecto advertido por el Registrador, pero éste la rechazó por entender que ello no subsana de por sí el defecto calificado ya que la misma resulta contraria a las disposiciones establecidas en el Título tercero, Capítulo primero del Código Civil de Puerto Rico, específicamente los Artículos 1267, 1271, 1272, 1273 y 1274 del mismo. El señor Vilariño recurrió la determinación del Registrador, imputándole error al haber consignado que no acreditó el carácter privativo de la propiedad mediante la escritura de capitulaciones matrimoniales y al calificar la escritura aclaratoria como contraria a derecho.

En primer lugar, el Tribunal acotó que se limitaría a adjudicar si era subsanable o no, constante matrimonio, un defecto de las capitulaciones matrimoniales. Para ello el recurrente planteó que hubo una omisión en la cláusula tercera de las capitulaciones matrimoniales con respecto a los bienes que adquiriera él durante el matrimonio, pero

---

traspasarlos, permutarlos y gravarlos sin limitación alguna y sin el consentimiento de su esposa Doña Adela Rull.

Cuarta: Asimismo han convenido también que Doña Adela Rull tendrá la libre administración de sus bienes propios y podrá disponer de ellos, sin intervención de su esposo Don Frank Vilariño, pudiendo ella realizar toda clase de operaciones sin licencia marital y desde ahora; es también convenido que Doña Adela Rull podrá adquirir toda clase de bienes muebles e inmuebles, derechos reales y personales y también transmitirlos, enajenarlos, venderlos, traspasarlos, permutarlos o gravarlos con los pactos y condiciones y para los fines y propósitos y por las causas y conceptos que ella determine y disponga, sin limitación alguna, sin necesidad del consentimiento de su esposo don Frank Vilariño.' *Íd.* Pág. 290.

que tal omisión se cubrió en la cláusula cuarta con respecto a los bienes que adquiriera su esposa constante matrimonio. A ello añadió, que si se otorgaron los capítulos matrimoniales fue con el objetivo de separar sus bienes, incluidos los que adquiriera él o su esposa vigente el matrimonio. Por ende, argumentó, procedía aceptar la escritura de aclaración de capitulaciones matrimoniales que se otorgó a esos únicos efectos.

El Tribunal Supremo no le dio la razón al recurrente, fundamentándose en que no lo permite la normativa vigente.[40] Así, su decisión se fundamenta en que el Código Civil dispone que los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativa a los bienes presentes y futuros sin otras limitaciones que las señaladas por la ley. Apunta, además, como fundamento, que otros artículos relacionados igualmente llevan a la dicha conclusión, pues para que sea válida cualquiera alteración a las capitulaciones matrimoniales, deberá hacerse previo a la celebración del matrimonio, ya que posteriormente son inalterables, tanto respecto a los bienes presentes como a los futuros.

Al defender su análisis, el Tribunal consideró, en primer lugar, el alcance de los citados preceptos de ley y explicó que el requisito sobre el tiempo del otorgamiento del contrato capitular con anterioridad a la celebración del matrimonio persigue que los otorgantes estén en condiciones de prestar su consentimiento y que los terceros puedan conocer el régimen económico acordado y las estipulaciones convenidas partiendo de una fecha cierta, confiados en que luego no puede haber alteración. Consideró además que sería inútil lo preceptuado en el Artículo 1267 del Código Civil de Puerto Rico si los cónyuges pudieran cambiar, alterar o modificar sus capitulaciones aunque no pudieran otorgarlas después de celebrado el matrimonio. De ello dedujo que en vista de que a falta de capitulaciones matrimoniales se entiende el matrimonio contraído bajo el régimen legal supletorio de sociedad legal de bienes gananciales, es obligatorio que el contenido del contrato capitular sea claro y preciso y que éste se interprete estrictamente.

En su apoyo cita la doctrina clásica española; entre otros, MANRESA,[41] cuando afirmaba que los tanto los cónyuges como los terceros han de amoldarse al contrato capitular, por lo que no cabe reconocerle eficacia a cambios o modificaciones hechas después del matrimonio.[42] Igualmente se apoya en la interpretación del referido autor en

[40] Refiriéndose a los Artículos 1267, 1271 y 1272 del Código civil de Puerto Rico, *supra*.
[41] La referencia es copia literal de la Opinión.
[42] Vilariño, *supra*, pág. 293.

cuanto al significado del término alteración, al que le atribuía el alcance de "'[*c*]*ambiar, modificar en su esencia o en sus detalles o circunstancias alguna cosa o acto'; no obstante, cabe durante el matrimonio una concesión entre esposos, propia de las capitulaciones matrimoniales, si en realidad no envuelve alteración. Por ejemplo 'aquellas convenciones que sin producir novación en las relaciones existentes, tienden a garantizarlas mejor o asegurar la observancia de las obligaciones contraídas.' No existe alteración 'en el hecho de hacer constar la entrega de bienes prometidos o asegurar con prenda o hipoteca esa entrega; en aceptar herencias, legados o donaciones...; en la simple interpretación racional de cláusulas legalmente estipuladas; y en los actos de disposición o ejercicio por los cónyuges de los derechos que les fueron concedidos*"'.[43]

La Opinión de Tribunal Supremo se fundamenta, además, en la doctrina aun más limitante defendida por SCAEVOLA,[44] al plantear que aunque los tratadistas distinguen entre cláusulas adicionales explicativas e interpretativas, considera que todas están al alcance de la prohibición que establece la frase 'cualquiera alteración'. De ahí que afirme que en caso de controversia sobre la interpretación del contrato capitular no compete a los otorgantes la facultad de establecer su criterio sino que tal determinación está reservada a los tribunales cuando se presenten intereses y derechos contrarios. Sobre ese fundamento concluye que ni siquiera estando los futuros cónyuges en "armonía y conformidad" sobre sus capítulos matrimoniales están autorizados para alterarlos o modificarlos una vez celebrado el matrimonio. [45]

Al aplicar la citada fundamentación doctrinal a las cláusulas tercera y cuarta de las capitulaciones matrimoniales en cuestión, el Tribunal concluye que tales cláusulas no son susceptibles de aclaración porque ello constituiría una alteración de la cláusula tercera previamente pactada en las capitulaciones, lo cual sería improcedente a la luz de la normativa vigente. De hecho, la Opinión va más lejos y se niega a resolver, por considerarlo innecesario a efectos de disponer del recurso, si unas capitulaciones matrimoniales son susceptibles de aclaración o interpretación después del matrimonio de sus otorgantes. No obstante, hace constar que la cláusula tercera de las capitulaciones otorgadas no es sino una mera repetición de la situación jurídica que impera en defecto

[43] *Íd.* Págs. 293-294.
[44] La referencia es copia literal de la Opinión.
[45] Vilariño, *supra*, pág. 294.

de pacto en contrario, efectivo y válido entre los futuros contrayentes, por lo que la considera innecesaria e inútil en unas capitulaciones matrimoniales.

Asimismo, el tribunal estima que ello contrasta con la cláusula cuarta que contiene una estipulación en relación con la esposa, no incluida en la tercera con respecto al esposo, por virtud de la cual la esposa podía adquirir toda clase de bienes muebles e inmuebles, derechos reales y personales y también disponer de ellos por venta, enajenación, traspaso, permuta o gravarlos, bajo los pactos y condiciones, para los fines y propósitos, y por las causas y conceptos que ella determine, sin limitación y sin el consentimiento de su esposo. A juicio de la mayoría ponente, esa falta de autoridad respecto al esposo, quien quedó sujeto a la rigurosidad del régimen legal de gananciales, aunque resulte inusual o *anómala* por no existir respecto a la esposa, fue lo que en efecto pactaron los futuros cónyuges. Más aún, el Tribunal concede que quizás esa no fue la intención de las partes, sino que perseguían que ambos cónyuges tuviesen igual autoridad respecto a bienes adquiridos por cada uno de ellos constante matrimonio. No obstante, se niega a reconocerle eficacia dado que tal intención no se plasmó en el texto de los capítulos, por lo que no permite que esa intención se haga efectiva por la exclusiva voluntad de los cónyuges vigente el matrimonio pues considera que es efectivamente una '*alteración*' del contrato capitular.[46]

En conclusión, el Tribunal Supremo confirma la nota registral recurrida por entender que el Registrador actuó conforme a Derecho, en vista de la amplia libertad de contratación provista por el Código Civil en materia de capitulaciones matrimoniales, que como se dijo, incluye poder modificar y hasta prescindir del régimen de la sociedad legal de bienes gananciales. A la luz de lo anterior, se rechaza la teoría de que fuera atribuible a una omisión involuntaria la ausencia de amplias facultades para el esposo en comparación con las que el contrato capitular le reconoció a la esposa.

### 2.5 Forma

En cuanto a la forma respecta, la normativa puertorriqueña exige el otorgamiento en escritura pública del contrato capitular en, prácticamente, la generalidad de los casos.[47] Ha quedado establecido que el requisito de escritura pública

[46] *Íd.* Pág. 295.

[47] Sin embargo, el artículo 1276 del Código Civil de Puerto Rico 31 L.P.R.A 3560, todavía permite, excepcionalmente, que las mismas se otorguen ante el secretario del municipio y dos testigos, siempre

no es meramente uno de forma o un medio de probar la existencia de las capitulaciones matrimoniales, sino una condición de su eficacia misma, con lo cual si se consignan en documento privado son de todo punto ineficaces, tanto entre las partes como frente a terceros. Así, y a pesar de que el artículo 11 del Código civil puertorriqueño dispone que la ley aplicable a la forma de los contratos será la del lugar en el que se otorguen, mediante sentencia, en *López Torres v. González Vázquez* [48] el Tribunal Supremo estableció que para que unas capitulaciones matrimoniales sean válidas en Puerto Rico tienen que constar en escritura pública, cualquiera sea el lugar en donde se otorguen.

Se trataba en dicho caso de unos futuros cónyuges domiciliados y residentes en Puerto Rico, pero que contrajeron matrimonio en el Estado de Maryland, en donde suscribieron en documento privado un contrato de capitulaciones matrimoniales. Sus respectivas firmas fueron autenticadas por un notario en la ciudad de Baltimore, aunque el documento había sido redactado en Puerto Rico por el abogado de uno de los futuros cónyuges. Como parte de dicho acuerdo las partes escogieron el régimen de separación de bienes para regir su economía conyugal. Unos meses más tarde, el matrimonio se disolvió por divorcio y la ex esposa impugnó la validez del contrato capitular por incumplimiento con el requisito de la forma escritural. El tribunal de primera instancia le dio la razón, decretó la nulidad de las capitulaciones matrimoniales y determinó que el matrimonio de las partes estuvo regido por el régimen legal supletorio de sociedad legal de gananciales.

Luego, a petición del ex esposo, el foro apelativo intermedio revocó tal decisión por entender que las capitulaciones matrimoniales eran válidas pues no tenían que cumplir el requisito de forma pública porque las partes, en virtud de lo dispuesto en el

---

que en el municipio donde se vayan a otorgar no haya notario y sólo se aporten bienes muebles que no excedan de $500.00. Estas circunstancias, obviamente, son más que excepcionales en los tiempos actuales, por no decir inexistentes, por lo que el precepto tiene una limitadísima aplicabilidad en la realidad práctica.

[48] López Torres v. González Vázquez, 151 D.P.R. 225 (2000). En el Derecho material sobre capitulaciones matrimoniales se encuentra insertada una norma de Derecho internacional privado (Artículo 10 del Código civil de Puerto Rico) que provee que si el matrimonio se contrae en país extranjero, habiendo nacido en Puerto Rico uno de los contratantes y el otro en el extranjero, y nada pactan sobre su régimen económico, se entenderá que se rigen por el régimen legal del país donde establezcan su domicilio conyugal, pero teniendo en cuenta otros factores que en justicia deban considerarse, tales como el conflicto móvil o el centro de intereses conyugales. Lo anterior se entiende, por mandato expreso de la normativa codificada, sin perjuicio de lo establecido en el Código civil puertorriqueño respecto a los bienes inmuebles, para los que se dispone que rija la ley del lugar donde estén sitos. Nótese que el precepto no atiende de manera completa el problema de ley aplicable al régimen económico matrimonial puesto que no aplica cuando ambos cónyuges son puertorriqueños ni cuando se trata de una pareja en la que ambos cónyuges son extranjeros domiciliados en Puerto Rico. Roselló Puig vs. Rodríguez Cruz, 183 DPR 81 (2011).

Artículo 11 del Código Civil[49], podían capitular según la ley del lugar donde otorgaron el contrato, que no exige la forma pública como requisito de validez de las capitulaciones matrimoniales.

Al enfrentarse el Tribunal Supremo a la solicitud de revisión instada por la ex esposa recurrente, decide por voto mayoritario pluralista revocar la sentencia del foro apelativo intermedio, lo que produjo la reinstalación del dictamen de nulidad de las capitulaciones matrimoniales previamente establecido por el tribunal de primera instancia. Resulta muy interesante que los fundamentos de los votos mayoritarios fueron distintos, aunque condujeron al mismo resultado. Varios puntos importantes de esta discusión ameritan ser resaltados.

Primero, la Opinión concurrente principal [50] que acompaña la Sentencia comienza por reiterar la importancia de la forma escritural para el contrato capitular, fundamentándose en la solidez de los principios adoptados en la doctrina jurisprudencial española. Así, luego de discutir que en el ordenamiento jurídico puertorriqueño rige el principio de libertad de forma en materia de contratos según preceptuado en el Artículo 1230[51] del Código Civil, reconoce de inmediato que el Artículo 1273[52] del Código Civil de Puerto Rico establece una de las excepciones a ese principio general. Sobre ese particular afirma que el requisito de escritura pública para la validez de las capitulaciones es:

> "… uno de los pocos preceptos "que dentro del Código Civil establece un requisito de forma *ad solemnitatem*. J. Castán Tobeñas, Derecho Civil español, común y foral, 10ma ed., Madrid, Ed. Reus, 1983,

---

[49] Art. 1090 31 L.P.R.A. sec. 11. Su texto dispone:

> Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen.
>
> Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos de los Estados Unidos en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes de los Estados Unidos.
>
> No obstante lo dispuesto en esta sección y en la anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o bienes, y las que tienen por objeto las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en países extranjeros.

[50] López Torres v. González Vázquez, 151 D.P.R. 225, 227 (2000). Opinión concurrente emitida por el Juez Asociado Señor Hernández Denton, a la cual se unieron el Juez Presidente Señor Andréu García y la Juez Asociada Señora Naveira de Rodón.

[51] 31 L.P.R.A. sec. 345. El artículo dispone: "los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez".

[52] 31 L.P.R.A. sec. 3557. Su texto establece: "Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio".

> T. V., Vol. 1, pág. 309; J.M. Manresa, Comentarios al Código Civil Español, 6ta ed., Madrid, Ed. Reus, 1969, T. IX, págs. 197202.
>
> En los negocios en los que se requiere una forma *ad solemnitatem*, la forma es un requisito que se exige —además de los elementos esenciales del negocio—para la existencia y validez de éste. F. De Castro y Bravo, El Negocio Jurídico, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967, págs. 278279; J.L. de los Mozos, La Forma del Negocio Jurídico, 21 An. Der. Civ. 761763 (1968). Si falta la forma requerida el negocio será nulo o ineficaz.
>
> De manera que las capitulaciones matrimoniales que no consten en escritura pública no tendrán validez alguna. La doctrina española está conteste en el principio de que las capitulaciones matrimoniales son inexistentes si falta la forma que exige con carácter de solemnidad esencial el Art. 1273 del Código Civil, supra. Manresa, op. cit., pág. 200; Puig Brutau, op. cit., pág. 121; Castán, op. cit., pág. 309. Como bien señala Manresa, citando a Fiore y Laurent, el requisito de escritura pública no se trata de un medio de prueba, de una forma, sino de una condición de existencia. La formalidad es condición, más que de su validez, de su misma existencia. Manresa, op. cit., págs. 200201." [53]

Queda reiterado entonces que unas capitulaciones matrimoniales consignadas en un documento privado no tienen eficacia alguna ni entre las partes ni con relación a terceros, por lo que los derechos y las obligaciones estipuladas por las partes no existen ni son ejercitables mientras la escritura no se otorgue antes de la celebración del matrimonio.[54] Luego la Opinión Concurrente pasa a discutir lo que es propiamente el asunto en cuestión más importante, entiéndase si debía validarse en Puerto Rico un contrato de capitulaciones matrimoniales otorgado en documento privado en un país en el cual la ley no exige la forma escritural, ni forma particular alguna, como requisito para su validez.

Este planteamiento es entonces atendido a partir de lo dispuesto en el Artículo 11 del Código Civil de Puerto Rico, el llamado estatuto formal, que como antes citamos

---

[53] López Torres v. González Vázquez, *supra*, pág. 231. La Opinión Concurrente cita con particularidad la Sentencia de 10 de junio de 1912 del Tribunal Supremo español, Núm. 71, 124 Jurisprudencia Civil 554, para afirmar que "las capitulaciones matrimoniales revisten tal importancia que para que sean válidas, además de reunir los requisitos necesarios de los contratos en general es inexcusable, como excepción al principio general del art. 1278 del Código Civil [Art. 1230 del Código Civil de Puerto Rico], el otorgamiento de escritura pública, única forma especial requerida por el art. 1321 [Art. 1273 nuestro], en relación con el 1280 [Art. 1232 nuestro] en su número 3", "establecida como garantía de otros derechos afectos a terceras personas, no menos sagrados y trascendentales en la vida privada, social y jurídica". Íd., pág. 562. Se señaló, además, que "las capitulaciones matrimoniales, además de reunir los requisitos que son necesarios para la validez de los contratos en general, requieren la exigencia del otorgamiento de escritura pública"." *Íd.* Pág. 233.

[54] *Íd*. Pág. 232. La Opinión deja claro, sin embargo que lo referente al tiempo del otorgamiento de la escritura con anterioridad al matrimonio no es de aplicación en el Derecho español hace ya muchas décadas.

establece que las partes pueden regirse por las formalidades del país en el que se otorgue el contrato cuando ello se hace en el extranjero; en el Artículo 9 del mismo Código[55] que recoge el estatuto personal y ordena la aplicación de la ley de Puerto Rico a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal; y en el Artículo 1273[56], que exige el requisito de escritura pública para las capitulaciones matrimoniales.[57]

Luego de discutir brevemente la importancia del citado Articulo 11 en cuanto recoge el principio *locus regit actum* o *lex loci actus*, clave en materia de derecho internacional privado, la Opinión reafirma lo resuelto previamente a los efectos de que la normativa referente a la ley aplicable a las formas y solemnidades exigibles al otorgamiento de un contrato, testamento o cualquier otro documento público en el extranjero es potestativa, no mandatoria.[58] En virtud de ello los otorgantes del contrato pueden optar por cumplir las formas requeridas en el lugar en el que lo otorgan o lo que exige la ley de Puerto Rico. Sobre la razón de ser de dicha interpretación la Opinión expresa que:

> "El fundamento de las reglas anteriormente mencionadas más bien responde a razones de índole práctica. La regla *locus regit actum* nació porque la necesidad la impuso, y se ha difundido porque su aplicación facilita la realización de ciertos actos jurídicos. J. de Yanguas Messía, Derecho Internacional Privado: Parte especial, 3ra ed., Madrid, Ed. Reus, 1971, pág. 340. Le brinda a las partes la posibilidad de acogerse a la forma establecida en una ley que está a su alcance inmediato."[59]

A pesar de que así lo reconoce, la Opinión pasa de inmediato a fundamentar por qué, a pesar de lo preceptuado en el Artículo 11, no deben validarse en Puerto Rico unas capitulaciones matrimoniales acordadas en documento privado aunque se hayan

---

[55] 31 L.P.R.A. sec. 9, dispone: "Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal a las personas, obligan a los ciudadanos de Puerto Rico, aunque residan en países extranjeros."

[56] 31 L.P.R.A. sec. 3557, que dispone:
Art. 1273. Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio.
Se exceptúan de esta regla los bienes que se hallen en las condiciones a que se refiere el artículo 1276.

[57] Valga apuntar aquí, aunque es un tema claramente fuera del alcance de este trabajo, que cualquier Estado de los Estados Unidos se considera un "país extranjero" para efectos de la aplicación de las normas puertorriqueñas de Derecho Internacional Privado. Ello es así, por supuesto, sin perjuicio de los límites constitucionales aplicables, particularmente por virtud de la cláusula de entera fe y crédito de la Constitución de los Estados Unidos.

[58] Véase Viuda de Ruiz v. Registrador, 93 D.P.R. 914 (1967).

[59] López Torres v. González Vázquez, *supra*, pág. 235.

otorgado en el extranjero. Para ello desarrolla un análisis de la naturaleza, el contenido y las características del contrato de capitulaciones matrimoniales que le llevan a concluir, en sentido negativo, dicha interrogante. Sobre la naturaleza del contrato capitular se resalta que está revestido de alto interés público por ser la única forma disponible a los cónyuges que no quieren quedar sometidos al régimen legal supletorio de gananciales. Acerca del contenido, y partiendo de la concepción amplia sobre el alcance de los pactos capitulares, la Opinión se hace eco de las palabras de MANRESA para reiterar que la exigencia de forma pública se fundamenta, sobre todo, en la importancia de dicho tipo de contrato para la relación matrimonial y para los terceros. Este punto es de particular importancia para la tesis que venimos desarrollando en cuanto pone de manifiesto que la conceptualización de un acuerdo en previsión de crisis es perfectamente compatible con lo que ha venido estableciendo la jurisprudencia:[60]

> "De manera que, aunque el propósito fundamental de realizar un pacto de capitulaciones matrimoniales es establecer el régimen económico que ha de imperar en el matrimonio, este tipo de contrato puede tener otras finalidades ajenas al régimen económico conyugal. Íd.
>
> Como bien señala Manresa:
>
> ¿Por qué exige la ley la escritura pública en las capitulaciones? Preciso es confesar que si algún contrato merecía esta exigencia, ninguno más indicado que el que nos ocupa. Son las capitulaciones matrimoniales, como se ha dicho con razón, un verdadero pacto entre dos familias: más que un contrato, un régimen. Median en ellas donaciones, se constituye una sociedad, se hacen estipulaciones diversas, que interesan no a sólo a los futuros esposos, sino también a sus padres, y a sus hijos y a los terceros. Su importancia es excepcional. Manresa, op. cit., pág. 197.
>
> La exigencia de forma se explica por la importancia que revisten las capitulaciones matrimoniales, y por la fuerza constituyente que a través de ellas, alcanzan tanto las aportaciones de bienes efectuadas tanto por los cónyuges como por los terceros, lo mismo por lo que se refiere a la trascendencia de los pactos en el ámbito sucesoral y por las reglas que determinan el régimen económico del matrimonio. Esto sin olvidar los otros negocios que pueden constituirse en el instrumento relacionados

[60] *Íd*. Pág. 236. La siguiente cita sintetiza el referido planteamiento:

> "Las capitulaciones matrimoniales revisten una gran complejidad y singularidad que le otorgan enorme interés desde el punto de vista jurídico y social. Como señala Castán, citando a Bonet, la capitulación: Es un acto esencialmente complejo, y de gran amplitud, ya en cuanto al tiempo en que hacen sentir su acción no sólo durante el matrimonio, sino a su disolución; ya en cuanto al espacio, pues además de los esposos quedar ligados por la carta matrimonial también los terceros, ya en cuanto a su objeto, capaz de comprender negocios jurídicos que no tengan relación directa con el matrimonio futuro. Constituyen, pues, una especie de "acto reglamentario", cuya finalidad es la de instituir un estatuto, más bien que la de crear relaciones entre las partes, como los contratos ordinarios. Castán Tobeñas, *op. cit.*, págs. 297-298."

directa o indirectamente con las relaciones patrimoniales que se dan en el matrimonio. M. Albaladejo, Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, 2da ed., Madrid, Ed. Rev. Der. Privado, 1982, T. XVIII, Vol. 1, págs. 198-199."

El último punto que discute la Opinión Concurrente que venimos discutiendo entre los argumentos esgrimidos para desplazar la aplicación del estatuto formal en sede del contrato capitular es lo relativo a lo que denomina una de 'las características sustantivas básicas' del contrato de capitulaciones matrimoniales en el Derecho puertorriqueño. Se refiero esto al principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, por lo que es obligatorio que se otorguen antes de la celebración del matrimonio y, además, que no sean alteradas alteren constante matrimonio. Sobre esa base se afirma que las garantías que ofrece la escritura pública son las únicas capaces de hacer valer la prohibición de mutabilidad. A esos efectos se acota que:

> "Es esencial que la fecha de las capitulaciones sea cierta e indubitada. Esto es así, porque este contrato ha de celebrarse con anterioridad al matrimonio. De lo contrario, el contrato será inválido. La escritura pública es el único documento en el que se da fe de la fecha cierta del otorgamiento de un contrato. El documento privado carece de garantía de fecha cierta y de la legalidad de las provisiones allí contenidas.
>
> Por otro lado, a diferencia de otros contratos, el contrato de capitulaciones es inmutable y una vez otorgado y celebrado el matrimonio, éste no puede ser alterado, o modificado y sus términos son vinculantes para las partes. Cualquier alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales tiene que tener lugar antes de celebrado el matrimonio. Arts. 1271 y 1272 del Código Civil, 31 L.P.R.A. secs. 3555 y 3556. Un documento privado puede ser fácilmente destruido, alterado o modificado, lo que implicaría una alteración al régimen económico matrimonial, lo que va en abierta contravención al principio de inmutabilidad de las capitulaciones consagrado en nuestro Código Civil. Nótese que en el caso de escrituras públicas, éstas forman parte del Protocolo del notario que ha de ser conservado por éste, por lo que en cualquier tiempo puede consultarse por las partes interesadas." [61]

[61] *Íd*. Pág. 238. Esta apreciación se fundamenta en una muy citada afirmación:

> "MANRESA sintetiza muy acertadamente estos principios: ... La fecha de las capitulaciones debe ser indubitada por los efectos que produce, lo consignado ha de ser claro, seguro, irreformable. ¿Bastaría contentarse con simples documentos privados? Evidentemente, no. Sería preciso exigir que se diese autenticidad a su fecha con arreglo al artículo 1227 [Artículo 1181 del Código Civil de Puerto Rico]; que se depositase el contrato en el oficio de un Notario, por ejemplo, para que en cualquier tiempo pudiera consultarse, y no sufriere extravío ni fuese posible su alteración o suplantación; que no quedase abandonada su redacción y alcance a la ignorancia o impericia de las partes o de un cualquiera, tratándose de materias tan difíciles, complicadas y trascendentales como las que son objeto de estos contratos. ¿Cómo puede conseguirse todo esto? Sólo había un medio práctico y seguro, que era la escritura pública que da autenticidad completa a la

Toda esta discusión da base a la apreciación final de que las capitulaciones matrimoniales, por la magnitud de sus implicaciones, no son susceptibles de evadir el crisol notarial porque las partes deben tener conocimiento y conciencia cabal de las consecuencias que trae lo estipulado, sobre todo, dada la naturaleza inmutable del régimen económico al que quedará sometido su matrimonio de forma irreversible. Es de notar en este punto que esa discusión lleva irremediablemente a otra sobre la enorme diferencia entre la función del notario anglosajón *vis a vis* la del notario de tipo latino existente en Puerto Rico.

Ello queda sintetizado en las expresiones que a esos efectos recoge la Opinión, cuando afirma que tanto la Ley Notarial de Puerto Rico[62] y su Reglamento como la doctrina jurisprudencial que la interpreta han reconocido completamente los presupuestos del notariado latino, que ya sabemos que difieren marcadamente del notario de tipo anglosajón.[63] Así, queda claro que pesó en el ánimo de los jueces que apoyaron la referida Opinión el hecho de que la capitulación matrimonial estipulada en documento privado no tiene la garantía que le imprime el notario en su función de custodio de la fe pública notarial y la veracidad, autenticidad y legalidad que ello conlleva. Se considera así que es indispensable que el notario al autorizar el documento asegura, principalmente, que el negocio cumple con todas "*las formalidades de ley, formal y sustantivamente, que el documento es legal y verdadero, y que se trata de una transacción válida y legítima. In re Feliciano Ruiz, 117 D.P.R. 269 (1986)*".[64]

Queda clara la contraparte de este argumento, pues, el notario de tipo anglosajón ejerce una función muy distinta, limitada a reconocer y autenticar las firmas de quienes afirman ser los suscribientes del documento, para lo que no se requiere que sea un profesional del Derecho. En las capitulaciones matrimoniales en cuestión en el referido

---

> fecha y a las estipulaciones de las partes, y ofrece seguridad de la conservación y la garantía de acierto, legalidad y previsión que les presta la intervención del Notario. Manresa, *op. cit.*, págs. 197-198.''

[62] 4 L.P.R.A. secs. 2001 y ss.

[63] López Torres v. González Vázquez, *supra*, pág. 239. Como se sabe, en el notariado de tipo latino se consolida la función del notario como profesional o técnico del derecho con su rol en carácter de funcionario público para dar fe notarial. Por eso se ha dicho que el notario puertorriqueño no es abogado de ninguno de los otorgantes ni representa a ninguna parte, sino que al representar la fe pública, es el representante de la ley para todas las partes involucradas. De ahí que se afirme que "Además de ser asesor y consejero legal, el notario puertorriqueño es el instrumentador de los documentos que conllevan los actos y negocios jurídicos a los cuales les da seguridad y certeza con su pericia profesional y bajo el manto de la fe pública de la cual es depositario. Exposición de Motivos de la Ley Notarial de Puerto Rico, 1987 Leyes de Puerto Rico 262. Véase *In re* Colón Muñoz, 131 D.P.R. 121 (1992)."

[64] *Íd*. Pág. 40.

caso de *López Torres v. González Vázquez* el notario que intervino para autenticar las firmas en el documento privado fue uno de tipo anglosajón, pues esa es la tradición notarial que se sigue, casi sin excepción, en los Estados Unidos. Así, el hecho de que el notario interviniente no tuviera participación en la apreciación de la legalidad del negocio jurídico que se otorgaba tuvo importancia decisiva para la solución judicial que se le dio a la controversia:

> "A luz de todo lo anterior, concluimos que en el caso tan particular de las capitulaciones matrimoniales, no podemos darle prominencia a una disposición preliminar del Código Civil, cuyo fundamento responde a razones de índole práctica, sobre un articulado específico del Código Civil y unos principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.
>
> Así, pues, consideramos que para que las capitulaciones matrimoniales sean válidas en Puerto Rico éstas deben constar en escritura pública, independientemente del lugar en el que se otorguen. Por la naturaleza y las características particulares de las capitulaciones matrimoniales y por la trascendencia e impacto que tienen, resulta imperativo brindarle una certeza y garantía las cuales sólo se obtienen con la escritura pública y la intervención de un notario de tipo latino.
>
> De manera que entendemos, a tenor con nuestra posición, que aquellos domiciliados de Puerto Rico que interesen capitular deben hacerlo en un país en el cual exista un documento similar a la escritura pública y en el cual el notario tenga una función análoga al notario en Puerto Rico." [65]

Inmediatamente después de las citadas expresiones la Opinión hace notar que, de todas formas, las partes que interesen otorgar un contrato de capitulaciones matrimoniales en un país que no cumple con el requisito establecido siempre tienen como alternativa autorizar, mediante poder otorgado en dicho país, a que alguien comparezca ante un notario en Puerto Rico para que éste otorgue el correspondiente contrato capitular que cumpla con el requisito de escritura pública y deja claro que los contrayentes comparecerían representados por quienes designen a esos efectos. No obstante, adelanta que lo anterior estará siempre sujeto a lo dispuesto en La Ley Notarial de Puerto Rico y las leyes referentes a la protocolización de los poderes otorgados en el extranjero. [66]

Es particularmente importante señalar aquí que la Opinión esta muy consciente de que pueda plantearse el reclamo de que la protocolización de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero en documento privado debería ser suficiente

[65] *Íd*.
[66] *Véase* 4 L.P.R.A. secs. 921-927.

para validarlas conforme a la ley de Puerto Rico. En atención a ello, aunque no era estrictamente necesario visto el resultado al que llegó la mayoría, si bien, como se dijo, por pluralidad de votos, la Opinión reitera que "la protocolización de un documento significa meramente la transcripción de un documento y su ingreso en el Protocolo de instrumentos públicos del notario, incorporando o uniendo dicho documento original como parte de la escritura o acta que hace viable este procedimiento. *In re Protocolización de Poder*, 110 D.P.R. 652 (1981)."[67]

Como último argumento en el que apuntala su fundamentación de la decisión tomada, la Opinión hace referencia al texto vigente del Artículo 11[68] del Título Preliminar del Código Civil español para resaltar que su redacción, tras la reforma de 1974, recoge la norma adoptada en el caso en cuestión, por lo que los ciudadanos españoles que van a otorgar capitulaciones matrimoniales fuera de España están obligados a cumplir con la forma de escritura pública. Sobre ese particular apunta que la doctrina interpretativa de este artículo ha afirmado, en materia de capítulos matrimoniales, que si el contendido de las capitulaciones se rige por la ley española

---

[67] *Íd*. Págs. 241-242. Al reiterar que la forma de elevar a documento público un documento privado no es protocolizándolo sino otorgando una escritura, se cita a Pedro Avila Álvarez en el sentido de que:

> "El acto de protocolizar se refiere a un hecho de inscripción que por medio de un acto notarial autoriza a requerimiento ya de cualquiera de las partes, ya de otra persona que entregue el documento al notario porque lo que interesa es la entrega y subsiguiente protocolización y no quien haya verificado aquella .... Con la protocolización no se da forma pública al negocio porque ni este se recoge en el documento notarial ni el que lo contiene deja de ser privado. (Énfasis suplido.) P. Ávila Álvarez, Derecho Notarial, 6ta ed., Madrid, Ed. Montecorvo, 1986, págs. 108-110. Así pues, la manera de elevar a documento público un documento privado no es protocolizar el documento, sino otorgar una escritura que recoja el negocio y se ratifique ante el notario el consentimiento prestado privadamente. Íd."

[68] Este artículo dispone:

> 1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen.
>
> Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos o las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan.
>
> 2. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.
>
> 3. Será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero.

como ley aplicable siempre se exigirá la forma escritural aunque se otorguen fuera de España. [69]

Coincidimos en que tal interpretación es acertada a la luz del cambio operado en el precepto español, pues queda así claramente establecido en el texto reformulado dictado por el legislador. No obstante, nos parece cuando menos, extralimitada, su aplicación a la norma puertorriqueña vigente que no ha experimentado cambio, si bien no se cuestiona que lo amerite, hace ya mucho tiempo. De hecho, es de notar que la norma recogida en el vigente Articulo 11 del código Civil puertorriqueño, junto al resto de la poca y fragmentada normativa vigente en materia de Derecho internacional privado, son objeto de una profunda revisión en la propuesta de Código civil revisado que más adelante discutimos. Si bien su análisis esta fuera del alcance lógico y viable del presente trabajo, adelantamos que el asunto en cuestión está allí debidamente atendido.[70]

La dificultad práctica que implica para el tráfico jurídico que los futuros cónyuges tengan que cumplir con el requisito de escritura pública sin importar dónde se encuentren al otorgar sus capitulaciones matrimoniales es una de las razones de mayor peso que fundamenta la segunda Opinión Concurrente que se produjo en el caso de

---

[69] En esta línea interpretativa se inserta, entre otros, M. Albaladejo, Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, 2da ed., Madrid, Ed. Rev. Der. Privado, 1982, T. XVIII, Vol. 1, págs. 198-199.

[70] *Véase* Borrador del Libro Séptimo de Derecho Internacional Privado, Comisión Conjunta Permanente para la revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico (2007). Son de particular importancia los siguientes dos artículos:

> **ARTÍCULO 1939. Ámbito de la ley aplicable al régimen matrimonial.**
>
> La ley aplicable al régimen económico matrimonial según los artículos de este Capítulo determina los derechos y las obligaciones recíprocos de los cónyuges con respecto a todos los bienes adquiridos por cualquiera de ellos, sin que importe el lugar de adquisición ni la ubicación de tales bienes.
>
> Sin embargo, la aplicación de esa ley no puede perjudicar a terceros que hayan actuado con respecto a dichos bienes o a un cónyuge basándose justificadamente en la ley de otro Estado cuya ley aplique al asunto en particular, según las disposiciones de este Libro.
>
> **ARTÍCULO 1946. Validez formal**.
>
> Un contrato es formalmente válido si cumple con los requisitos prescritos en la legislación de cualquiera de los siguientes Estados:
>
> (a) el Estado cuya ley eligieron válidamente las partes, a tenor con los Artículos 1942 y 1943;
>
> (b) el Estado cuya ley aplica a este problema, según los Artículos 1944 y 1945
>
> (c) el Estado en el que una de las partes o su agente, si la parte actuó a través de un agente, expresó su aceptación del contrato; o
>
> (d) el Estado donde está situado el bien inmueble, siempre que el contrato contenga derechos sobre dicho bien.
>
> Sin embargo, cuando la legislación puertorriqueña impone un requisito de forma para preservar un interés público importante, las partes deberán cumplir sustancialmente con los requisitos de forma de la ley aplicable, según el inciso (b).

*López Torres v. González Vázquez*.[71] En esta ocasión el ilustrado Juez ponente exige una lectura que trascienda el análisis de la letra de la ley para evitar resultados contradictorios al aplicar las normas de derecho positivo por entender que el caso ameritaba la adaptación del Derecho a las realidades prácticas de la vida social. Este argumento nos resulta particularmente importante para la tesis que desarrollamos en este trabajo a favor de una mayor autonomía de la voluntad para los cónyuges, pero además por su fundamentación en la necesidad de que las normas jurídicas se adecuen a la realidad social en la que operan. La cita, aunque extensa, nos parece crucial:[72]

> "Desde la perspectiva aludida en el párrafo anterior, no debe adoptarse aquí una norma que preceptúe inflexiblemente que las capitulaciones matrimoniales suscritas fuera de Puerto Rico por personas domiciliadas en Puerto Rico no son válidas en nuestro país si no constaban en escrituras públicas. Tal norma impondría una grave carga a las personas domiciliadas en Puerto Rico que tienen residencia actualmente en Estados Unidos, o que opten por residir allí en el futuro. Podemos tomar conocimiento judicial de que miles de puertorriqueños se han trasladado a Estados Unidos por razones de estudio o trabajo, pero con el ánimo claro de regresar a la isla en algún momento oportuno. Miles más como ellos continuarán haciéndolo en el futuro previsible. Como se trata de personas cuyo domicilio es Puerto Rico aunque residan fuera de la isla, unos y otros quedarían seriamente afectados si se han casado o desean casarse fuera de Puerto Rico al amparo del régimen de separación de bienes establecido mediante contrato privado, de imponerse una norma que inflexiblemente le requiera a los domiciliados en Puerto Rico formalizar sus capitulaciones mediante escrituras públicas. Es decir, los que ya se hayan casado mientras sólo residían fuera de la isla y hayan otorgado capitulaciones sin escritura pública, al regresar a Puerto Rico se encontrarían con la triste y grave realidad de que el acuerdo prenupcial que ha estado rigiendo sus relaciones económicas no es válido, con todo lo que ello implica con respecto a la desestabilización del régimen patrimonial que tenían contraído. Quedarían en entredicho múltiples transacciones que hayan realizado entre sí y con respecto a terceros al amparo del contrato privado de capitulaciones. Además, si desean continuar con el régimen de bienes que habían establecido, al regresar a su domicilio tendrían que tomar la medida artificiosa de divorciarse para poder hacer unas nuevas capitulaciones en escritura pública, y entonces volver a casarse. La norma jurídica en cuestión se tornaría para ellos, no en un instrumento para facilitar su legítima voluntad marital, sino en una onerosa pesadilla."

[71] López Torres v. González Vázquez, *supra*, pág. 244, Opinión Concurrente del Juez Asociado Señor Fuster Berlingeri.
[72] *Íd*. Pág. 245.

Llamo la atención en este punto, aunque ello es objeto de análisis en otro apartado de este trabajo, a la cuestión de la aplicación a otros contextos de lo expresado en la referida cita sobre las implicaciones que tiene la alta movilidad de puertorriqueños desde el territorio nacional hacia los Estados Unidos continentales y viceversa. Ello porque, obviamente, esa realidad tiene unas consecuencias concretas en el ámbito jurídico, por cuanto provoca un alto riesgo de que las relaciones jurídicas trasciendan el ámbito puramente local para insertarse en el escenario de un potencial conflicto de leyes. De hecho, eso ya ha ocurrido en otros contextos jurídicos e, incluso, en el ámbito de la normativa aplicable al régimen económico matrimonial, con resultados contrarios al que se llegó en este caso que ahora comentamos.[73]

Al Juez ponente de la segunda Opinión concurrente, cuyo voto afirmativo produjo, irónicamente, la mayoría plural que invalidó las capitulaciones en cuestión, le preocupaba particularmente que los domiciliados de Puerto Rico que residen fuera y pretendan casarse fuera de Puerto Rico, quedan obligados a volver a la isla a otorgar su escritura pública de capitulaciones matrimoniales antes de contraer matrimonio, con todo lo que ello conlleva en términos del tiempo y los recursos que les requerirá. si bien reconoce que siempre tienen la opción de hacerlo a través otras personas que le representen, desdice tal alternativa por considerar que "Cuando menos, estos últimos tendrían que utilizar el mecanismo artificioso de otorgar unos poderes ante personas que no son notarios de tipo latino, para autorizar a otras personas a comparecer ante un notario de Puerto Rico en representación de los contrayentes, para que éste autorice entonces una escritura pública de capitulaciones antes de que los interesados contraigan matrimonio, sin poder hacerle a éstos las advertencias de rigor." [74]

Dicha consecuencia sin duda también afectaría a los cónyuges que, sin estar en el escenario del divorcio y la consecuente liquidación de su régimen matrimonial, tenían la expectativa de regir su economía conyugal, constante matrimonio, según los acuerdos estipulados en su contrato capitular. Consideramos que ello es todavía más importante y trascendental mientras el derecho vigente siga la doctrina de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial y su consecuente imposibilidad de otorgar capitulaciones constante matrimonio. Esa es una importante razón adicional que justifica la tesis que venimos desarrollando en este trabajo.

[73] Véase Roselló Puig v. Rodríguez Cruz, 183 D.P.R. 81 (2011)
[74] López Torres v. González Vázquez, *supra*, pág. 246.

De hecho, el juez ponente advierte además que el resultado que produce la pauta establecida para el caso del matrimonio González López tiene un resultado 'irónico e incongruente' cuando se trata de ciudadanos que no estaban domiciliados en Puerto Rico cuando otorgaron sus contratos prenupciales en documentos privados, pero que luego van a residir o se domicilian allí, pues para estos sus capítulos sí serán válidos aunque les falte la forma escritural. Lo anterior contrasta claramente con la invalidez de las capitulaciones de aquellos puertorriqueños que, residiendo temporalmente fuera de su país, otorgan capitulaciones en documento privado y luego en su Puerto Rico no pueden validarlas porque falta el requisito de escritura pública.

Cierto es que dicho resultado es a todas luces incongruente, pero debemos advertir que ello es así, además, en el contexto de otras prohibiciones relacionadas al régimen económico matrimonial, pues ya el Tribunal Supremo de Puerto Rico invalidó, para determinados supuestos, la prohibición de donaciones entre cónyuges. Debe anotarse, sin embargo, que ese desarrollo jurisprudencial surgió con posterioridad al dictamen de *López Torres v. González Vázquez*, incluso en un momento en el que el Juez Fuster ya no formaba parte del Tribunal Supremo. Tal incongruencia puede ocurrir incluso, entre matrimonios igualmente domiciliados en Puerto Rico, tanto al momento de contraer matrimonio como al momento de la liquidación de bienes provocada por la disolución del vínculo matrimonial.[75]

De esta forma el solitario voto concurrente del Juez Fuster Berlingeri propone mantener la doctrina establecida en cuanto a la forma escritural como requisito para la existencia y validez del contrato capitular aun cuando este se otorgue en el extranjero, pero aplicándolo solo a los domiciliados de Puerto Rico que residan allí al momento de otorgar el contrato, antes de contraer matrimonio. Es decir, que no se exija el requisito de forma escritural a los domiciliados de Puerto Rico que otorgan el contrato en documento privado mientras residen temporalmente en el extranjero: [76]

> "Finalmente, la norma en cuestión daría lugar a enrevesadas controversias sobre quién estaba domiciliado en Puerto Rico al acordar capitulaciones fuera de la isla y quién no lo estaba.
>
> A la luz de todos los efectos adversos referidos y de las incongruencias y complicaciones mencionadas, no está justificado adoptar la norma propuesta por algunos de mis compañeros en su opinión concurrente, que preceptúa de modo inflexible que para que sean válidas

[75] Véase. Roselló Puig vs. Rodríguez Cruz, *supra.*
[76] López Torres v. González Vázquez, *supra*, pág. 247.

> las capitulaciones matrimoniales de personas domiciliadas en Puerto Rico, dichas capitulaciones tienen que haberse otorgado mediante escritura pública. Dicha norma no se justifica sobre todo con relación a los domiciliados que no residen en Puerto Rico y que no desean divorciarse, por lo que no tienen disputa alguna sobre sus acuerdos prenupciales. Para esos puertorriqueños, al regresar a su hogar luego de haber convenido unas capitulaciones fuera de la isla antes de casarse, la norma propuesta invalidaría tales capitulaciones y sería una grave carga, claramente contraria a sus intereses legítimos. No parece justificado que para este grupo de personas los acuerdos prenupciales referidos advengan inválidos al regresar a Puerto Rico, mientras que ello no ocurriría para aquellos no domiciliados que se trasladen a Puerto Rico sin haber otorgado sus capitulaciones en escrituras públicas."

Si bien reconocemos que no es deseable que la aplicación de la norma conduzca a resultados incongruentes en los términos arriba indicados, consideramos que la utilización del criterio adicional de residencia para determinar a cuáles domiciliados de Puerto Rico se les habrá de exigir la forma de escritura pública como requisito para la validez de sus capitulaciones matrimoniales conllevaría igualmente a las dificultosas controversias que precisamente pretende evitar la propuesta del Juez Fuster. La diferencia sería, por supuesto, que la disputa giraría en torno a la determinación del lugar de residencia de las partes, que quizás podría resultar menos complicado que la terminación del domicilio, pero igualmente podría provocar mayores asuntos litigiosos que los que se consideran saludables en el contexto de la disolución matrimonial. Cierto es que su propuesta se limita a los casos en los que no haya un litigio relacionado a la disolución matrimonial sino a aquellos cónyuges que, constante matrimonio, quieren regir su economía conyugal por el acuerdo prematrimonial estipulado en documento privado, ello no impide anticipadamente que posteriormente la actividad patrimonial conyugal tome el cauce judicial. Por ende, no nos convence del todo la distinción entre un grupo y otro de domiciliados en los términos propuestos.

Más concretamente, debemos decir que nos parece más adecuada la solución planteada por la Opinión disidente, a pesar de que no logró el voto mayoritario necesario para prevalecer en el asunto en cuestión.[77] Tomada en su conjunto, la Opinión disidente propone una solución que se ajusta más a lo resuelto previamente en materia de ley aplicable a la forma de los testamentos otorgados fuera de Puerto Rico y a la inscripción de los negocios jurídicos realizados en el extranjero. Veamos.

---

[77] *Íd*. Pág. 249. Opinión disidente del Juez Asociado Señor Negrón García, a la cual se unieron los Jueces Asociados Señores Rebollo López y Corrada Del Río.

La Opinión disidente parte de la distinción entre el fondo y la forma del negocio jurídico mediante el cual se constituye el contrato de capitulaciones matrimoniales y, luego de reiterar la doctrina referente al requisito de forma escritural como condición de la validez misma del contrato capitular, postula que dicho requisito, 'por su esencialidad' no deja de ser formal, por lo que si se incumple, el defecto recae sobre la forma, no sobre el fondo del documento, aunque reconoce que en cuanto al contenido el estatuto personal conduce a la aplicación de la ley de los otorgantes del contrato. De ahí la Opinión disidente se mueve a una erudita exposición del desarrollo normativo de la regla que encarna el estatuto formal, la *locus regit actum*, también denominada *lex loci actus*, reafirmando la doctrina jurisprudencial previa que afirma que dicha norma "establece el principio de que en el otorgamiento de un acto o contrato en una jurisdicción extranjera las partes deben cumplir con todas las formas y solemnidades exigidas por las leyes de ese lugar". Vda. de Ruiz v. Registrador, 93 D.P.R. 914, 921 (1967). Véase, también, Armstrong v. Armstrong, 85 D.P.R. 404, 410-414 (1962)."[78]

Luego de elaborar detenidamente sobre la correcta aplicación del estatuto formal, la Opinión disidente apunta al que consideramos ser el fundamento de mayor peso para reclamar la aplicación del estatuto formal al contrato de capitulaciones matrimoniales otorgado en el extranjero. Entiéndase, que la interpretación hecha por el voto mayoritario del Tribunal deroga implícitamente la letra del Artículo 11 y resulta en la imposición de un norma onerosa para los domiciliados de Puerto Rico que realicen actos o contratos fuera de su país ante una persona que desconoce las exigencias formales de la ley puertorriqueña o, lo que es peor, en un lugar en el que la normativa jurídica vigente no permite que las partes cumplan con las exigencias de su ley nacional. De hecho, en defensa de tal interpretación hay que coincidir con la puntualización que se hace de la doctrina española previa a la reforma de 1974 del Título Preliminar del Código civil, que también discutió la Opinión del Tribunal, aunque con un enfoque diferente, como antes vimos. No obstante, la Opinión disidente convincentemente plantea que ello es improcedente en vista de que las formas y solemnidades de la ley española aplican porque el texto mismo de la ley exime de la aplicabilidad de la ley del lugar del acto, lo cual no ocurre en el Derecho puertorriqueño:[79]

---

[78] *Íd*. Pág. 255.

[79] *Íd*. Pág. 257. Este punto esta precedido de una cuidadosa exposición del desarrollo doctrinal anterior a la reforma de 1974, que resume magistralmente como sigue:

> … la doctrina española no había decidido de manera contundente si las capitulaciones matrimoniales otorgadas por nacionales españoles en el extranjero habían de regirse, *en*

"Otros autores españoles que discuten el matrimonio y su régimen económico a la luz del derecho internacional privado, también hacen manifestaciones generosas en cuanto a la forma de los actos realizados por nacionales españoles en el extranjero.[80]

Es interesante la propuesta de Elisa Pérez Vera, enmarcada en el Art. 11 revisado del Código Civil español. Ella explica que las capitulaciones están sometidas, en principio, a la regla *locus regit actum*, pero que se exceptúan de esa norma por el segundo párrafo del Art. 11 español, que no tiene correspondencia en Puerto Rico. Sólo aplican las solemnidades españolas por razón de un estatuto explícito. Aún así, sostiene Pérez Vera, quedan controversias en torno a la aplicabilidad extraterritorial de las solemnidades que impone la ley nacional ante la posible falta de correspondencia de instituciones entre el derecho nacional y el extranjero.

Lo expuesto nos revela una lección: si en España hay dificultad al comparar la naturaleza, función y competencia de un funcionario autenticador nacional, como es un notario, con las instituciones extranjeras, más aún ha de haberla en Puerto Rico, debido a nuestras relaciones con Estados Unidos, donde hay una concepción tan distinta del contrato, de los regímenes matrimoniales y del notariado. Sin embargo, esta discrepancia no es razón para obviar la regla de *locus regit actum*, sino de reafirmar su relevancia.

---

*cuestión de forma*, por el derecho patrio o el del lugar del otorgamiento. Reconocemos que todos los tratadistas consideran indispensable para la existencia misma del contrato capitular que se otorgue en escritura pública. *Tan categórico dictamen, sin embargo, se ha referido, en casi la totalidad de las situaciones, a capitulaciones otorgadas en suelo nacional español por nacionales españoles.* Se ha discutido muy poco el supuesto de nacionales españoles que capitulan en el extranjero sin establecer un domicilio conyugal fuera de España. La omisión es comprensible; el caso, admitimos, es poco usual.

Del mismo modo, la discusión del Art. 11 del Código Civil, 31 L.P.R.A. sec. 11 —que, previo a la reforma de 1974, era idéntico al nuestro— y de la norma *locus regit actum*, los tratadistas iberos se ciñen a la aplicabilidad de la norma a los "testamentos, contratos y demás instrumentos públicos" en forma general, abordando en contadas ocasiones el tema de las capitulaciones. También este trasfondo es comprensible, ya que son esas figuras las que se mencionan explícitamente en el estatuto. Pero la comprensibilidad de la omisión no abona a nuestro análisis.

El reputado internacionalista Adolfo Miaja de la Muela indica que "[e]n cuanto a la forma [del contrato de capitulaciones matrimoniales], la regla locus regit actum se aplicará en ocasiones con carácter obligatorio y otras facultativamente, pero si se refieren a las capitulaciones de bienes inmuebles, habrá que tener presentes las leyes del país donde estén situados, especialmente a efecto de publicidad y de oponibilidad contra terceros".16 Apunta así a una distinción muy importante —entre formas de existencia y formas de publicidad— constante en la doctrina. Consiste en diferenciar las condiciones formales que se requieren para la existencia de un negocio jurídico, de aquellas que se piden para su inscripción y constancia en un registro. El testamento ológrafo es ilustrativo: exige exiguas formalidades para su existencia, pero requiere su protocolización para que sus disposiciones relativas a bienes inmuebles sean inscribibles en el Registro de la Propiedad. No se trata aquí de una excepción a la regla *locus regit actum*, sino de una remisión al estatuto real, Art. 10 del Código Civil, supra, en materia estrictamente registral." *Íd*. Pág. 256-257.

[80] No obstante, la Opinión disidente reconoce que hay autores que sostienen lo contrario, y cita a De Lasala Llanas entre ellos. *Íd*. Pág. 257, n. 17.

> Para hacer patente la discrepancia, basta repetir nuestras palabras en In re Colón Muñoz, 131 D.P.R. 121, 127129 (1992).[81]

En este punto la Opinión disidente examina prolijamente el desarrollo de los preceptos en cuestión, desde su antecedente en el Código civil francés, pasando por la doctrina internacional privatista encarnada en la Convención de la Haya sobre Ley Aplicable al Régimen Económico del Matrimonio de 14 de marzo de 1978 e incluso alcanzando el esfuerzo uniformador recogido en la *Uniform Premarital Agreement Act* entonces vigente en los Estados de los Estados Unidos que la han adoptado. Examina también el concepto de orden público internacional en su relación con el orden público interno para alertar sobre el potencial riesgo de que un juez se parcialice a favor de su ley nacional por pura inclinación natural: "MIAJA DE LA MUELA, a su vez, reconoce que este orden internacional se enfrenta a veces, en la mente del juzgador, al orden público nacional, sufriendo el mayor el embate del menor, en manos de un juez parcializado —acaso inevitablemente— a favor de sus propias leyes. Es entonces el tráfico comercial entre diversas naciones, el logro cultural que ha representado el cosmopolitismo, la coexistencia e interrelación entre individuos, que queda mancillada. No hay duda que pueden haber normas extranjeras tan aberrantes a la moral de nuestro pueblo que no admitan su aplicabilidad por nuestros tribunales, pero "existe también coincidencia entre los cultivadores del Derecho internacional privado en considerar como sumamente peligrosa esta facultad en tribunales naturalmente inclinados a seguir el camino de menor esfuerzo, la aplicación de sus propias leyes materiales"."[82]

---

[81] *Íd*. Pág. 259. En este punto la Opinión disidente resume las diferencias principales entre el notariado latino y el de tradición anglosajona y concluye que es imposible otorgar una escritura pública ante un notario de la tradición del *common law* en Estados Unidos:

> "*El notario del "common law", por el contrario, no es un jurista o abogado y su función se limita al reconocimiento y autenticación de firmas*. Este tipo de notario existe en los países siguientes: Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelandia, Canadá (excepto Quebec), India, Malasia, Singapur, Hong Kong y Nigeria, entre otros. (Énfasis suplido y en el original.)
>
> Frente al notario latino que opera en Puerto Rico, el notario del *common law* es jurídicamente incapaz de otorgar la misma fe pública, autenticidad y fuerza probatoria a los documentos que suscribe.
>
> La labor principal de los notarios estadounidenses es prevenir el fraude al verificar la identidad de las personas que prestan juramentos y hacen reconocimientos [acknowledgements] en documentos a emplearse dentro de los Estados Unidos. Estos notarios no están autorizados a preparar documentos legales de tipo alguno excepto en el estado de Louisiana, donde los notarios siguen la práctica del derecho civil, y en Puerto Rico, donde los notarios tienen que ser abogados. Los documentos de notarios de Estados Unidos no pueden ser aceptados en países extranjeros ni les es nunca concedido el rango de instrumento público. (Traducción nuestra y citas omitidas.)".

[82] *Íd*. Pág. 264.

Sobre las fundamentaciones antes reseñadas, la Opinión disidente concluye que la invalidación de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en documento privado en el extranjero 'es una aplicación inoficiosa de un insularismo jurídico extremo', particularmente a la luz de la doctrina jurisprudencial previa en materia de la forma de los testamentos otorgados por puertorriqueños en el extranjero y, en el ámbito de la ley inmobiliaria, en materia de inscripción de negocios jurídicos celebrados en el extranjero que transmiten títulos de bienes inmuebles sitos en Puerto Rico.[83] Es, de hecho, más que contundente:

> "Ante la posición de avanzada asumida por este Tribunal, en torno a la validez de los testamentos otorgados fuera de Puerto Rico, y la normativa de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad con respecto a la inscripción de los negocios jurídicos realizados en el exterior, no se justifica hacer una excepción en el caso de las capitulaciones matrimoniales. Si bien éstas revisten un alto interés público, también los otros negocios jurídicos gozan de tal interés. El mercado de inmuebles —que tiene enormes repercusiones para el desarrollo y la planificación económica del país— y el régimen testamentario —que constituye uno de los principales modos de transmitir la propiedad en nuestro sistema y, a la par, repercute en la esfera familiar, a nivel privado, y tributaria a nivel público— tienen tanto interés público como el régimen matrimonial. ¿A qué responde entonces el trato más que preferente que la mayoría del Tribunal hoy da a este último negocio jurídico?
>
> *No hemos de ser tan nacionalistas en la aplicación de nuestro Derecho como para favorecer a los que incumplen con las formas extranjeras, si son más estrictas, y condenar a los que las cumplen, sólo si son más laxas que las nuestras*. Ciertamente, en apariencia, nuestro

[83] La referencia es pertinente porque ya en materia de las formas y solemnidades de los testamentos otorgados por puertorriqueños en el extranjero la jurisprudencia había aplicado la norma *locus regit actum.* Véase Cabrera v. Registrador, 113 D.P.R. 424, 433 (1982) ("para que se inscriba en Puerto Rico un testamento otorgado fuera de esta jurisdicción, compete a la parte interesada en ello acreditar que se cumplieron en su otorgamiento las formas y solemnidades requeridas por las leyes del lugar de su otorgamiento. Vda. de Ruiz v. Registrador, *supra*.; Com. Esteves v. Registrador, 43 D.P.R. 7 (1932); Rojas, Randall & Co. v. El Registrador, 27 D.P.R. 21 (1919). No hacerlo constituye un defecto subsanable según se resolvió en este último caso").

El otro ejemplo específico que la Opinión disidente cita como demostrativo de la contradicción entre lo resuelto en el caso en cuestión y la doctrina previa del Tribunal Supremo es el de la Ley Hipotecaria:

> "También la ley inmobiliaria se muestra más tolerante en cuanto a la inscripción de negocios jurídicos otorgados en el extranjero que transmiten títulos de bienes inmuebles sitos en Puerto Rico. Explica el Art. 46 de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad, 30 L.P.R.A. sec. 2209, que "[l]os documentos otorgados fuera de Puerto Rico podrán ser inscritos si reúnen los requisitos siguientes", entre los que se enumera, el "[q]ue en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades del territorio o país donde se han verificado los actos o contratos, o las de Puerto Rico", "[q]ue el documento contenga la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticación en Puerto Rico" y "[q]ue dicho documento haya sido protocolizado por un notario en Puerto Rico si para su eficacia no requiere trámite judicial"". *Íd*. Pág. 265.

> ordenamiento plantea un fraccionamiento del negocio jurídico. Pero esta contrariedad, que es más técnica que sustancial, queda subordinada ante la imposibilidad que enfrenta un domiciliado puertorriqueño al tratar de cumplir con formas y solemnidades inexistentes en el lugar donde al momento ubica. Esta imposibilidad, génesis de la regla *locus regit actum*, se reitera a diario en nuestra isla y en el extranjero; nos aconseja mesura al extender nuestro Derecho más allá de sus playas."[84]

Compartimos el atinado rechazo al "*nacionalismo jurídico*" que hizo prevalecer la Opinión mayoritaria pluralista en el antes discutido caso de *López Torres v. González Vázquez*, no solo porque nos parece la solución más acertada desde el punto de vista de la interacción del derecho material con la normativa de derecho internacional privado, sino además por una razón adicional que no estaba presente entonces. Me refiero a lo resuelto por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Roselló Puig vs. Rodríguez Cruz*,[85] a los efectos de que la prohibición de donaciones entre cónyuges no aplica en el contexto de la liquidación del régimen económico de unos cónyuges domiciliados en Puerto Rico. En ese caso el matrimonio se celebró y disolvió en Puerto Rico, pero el tribunal decidió no aplicar su ley a la donación en cuestión por tratarse de un negocio jurídico respecto a un bien inmueble sito en un país extranjero cuya ley interna no reconoce tal prohibición.

## 3. La propuesta de Código Civil de Puerto Rico de 2007

### 3.1 Consideraciones generales

El Código Civil de Puerto Rico nunca ha sido revisado de manera integral, si bien ha sido objeto de enmiendas parciales.[86] Esto, en unión a otros dos elementos importantes, confirma que el Código puertorriqueño también ha experimentado la muy conocida corriente descodificadora. En primer lugar, la legislación especial en el ámbito del Derecho privado ha proliferado a niveles inimaginables, lo que ha atentado contra el carácter unitario y armónico del Código. De otra parte, los desarrollos

[84] *Íd*. Pág. 266-267.
[85] Roselló Puig v. Rodríguez Cruz, *supra*, (2011).
[86] *Véase* Simposio sobre la reforma del Código Civil de Puerto Rico, 52 Rev. Jur. U.P.R. 141 (1983); Seminario conmemorativo del centenario del Código Civil de Puerto Rico, 52 Rev. Col Abog. P.R. 1 (1991); Congreso de Derecho civil, Derecho de contratos, 59 (2) Rev. Col. Abog. P.R. 1 (1998) y Encuentro reflexivo sobre el Derecho Civil en Puerto Rico 1898-1998, 59(3-4) Rev. Col Abog. P.R. 1 (1998).

jurisprudenciales, particularmente aquéllos que resultaron de la necesidad de darle una nueva mirada a la normativa codificada a la luz del crisol constitucional que pautó la adopción de la Constitución de Puerto Rico en 1952. Todo esto ha ocurrido en el escenario del constante enfrentamiento de dos culturas jurídicas que experimenta el Derecho puertorriqueño, del cual su Derecho privado, y por fuerza el Código Civil, ha sufrido las peores consecuencias.[87]

La propuesta para un Código civil revisado, en adelante "Propuesta de 2007", tiene su origen en una iniciativa legislativa que tuvo su cauce inicial en la creación de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, en adelante "la Comisión", mediante la aprobación de la Ley Núm. 85 de 16 de agosto de 1997.[88] Así, y ante el justificado escepticismo de la comunidad jurídica, dio inicio el proceso de reforma.[89]

En los primeros años de la tarea reformadora se completó la etapa de conceptualización de la encomienda y se elaboraron los Criterios Orientadores del proceso de revisión del Código Civil de Puerto Rico, aprobados por unanimidad en la Comisión. Dicho documento contiene criterios orientadores de aplicación general, así como guías o directrices específicas para las distintas materias reguladas en el Código.[90] En esa primera etapa de conceptualización también se estudió la experiencia de revisión de otros países y se elaboraron los estudios preparatorios de cada uno de los libros del Código Civil vigente.[91]

---

[87] Sobre este y otros debates jurídicos relacionados con el impacto de la relación política entre Estados Unidos y Puerto Rico, véase, El choque de dos culturas jurídicas en Puerto Rico (1991); L. Fiol Matta, Civil Law and Common Law in the legal method of Puerto Rico, 50 Am. J. Comp. L. 783 (1992) y de la misma autora, El control del texto: Método jurídico y transculturación, 68 Rev. Jur. U.P.R. 803 (1999); E. E. Rivera Ramos, The legal construction of identity: The judicial and social legacy of American colonialism in Puerto Rico (2001).

[88] 2 L.P.R.A. sec. 141 y ss.

[89] Véase M. Figueroa Torres, Crónica de una ruta iniciada: El proceso de revisión del Código Civil de Puerto Rico, 35 Rev. Jur. U.I.P.R. 491 (2001), Crónica de una ruta adelantada: Los borradores del Código Civil de Puerto Rico, 40 Rev. Jur. U.I.P.R. 419 (2006) y Recodification of Civil Law in Puerto Rico: A Quixotic pursuit of the Civil code for the new millenium, XXIII Tulane European and Civil Law Forum 325 (2008).

[90] Dada la gran extensión del documento, refiero al lector a su texto íntegro, que aparece publicado en Informe anual de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, San Juan, 1998, pág. 68. Este y todos los documentos de la Comisión Revisora citados en esta tesis pueden accederse en la sala especializada en los trabajos de revisión del Código Civil, ubicada en la Biblioteca de la Oficina de Servicios Legislativos de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico, o a través de su portal cibernético en www.oslpr.org.

[91] Se trata de un examen diagnóstico que permitió hacer un primer acercamiento a cada materia, con recomendaciones iniciales. sobre cuáles normas deben suprimirse, cuáles deben modificarse mínimamente o cuyos cambios deben ser estrictamente formales, y cuáles deben modificarse sustantiva y significativamente. Además, en estos estudios se identificaron aquellos asuntos que carecen de

La segunda fase usó los estudios preparatorios como marco de referencia y consistió del uso y aplicación de la metodología investigativa para analizar el origen y la evolución histórica de las normas, el estado actual en el derecho puertorriqueño; el tratamiento dado en otros ordenamientos; y las nuevas tendencias legislativas y doctrinales. Este fue el punto de partida para desarrollar la Tercera Fase de redacción preliminar dirigida a la preparación de un anteproyecto de Código civil revisado.

En el año 2003 la Comisión inicio los trabajos de discusión en una etapa anterior a la presentación de un proyecto de ley por la vía ordinaria, esto es, con la publicación de borradores; con lo cual se abrió el proceso a la discusión amplia y libre de los temas.[92] Al culminar la redacción preliminar de los Borradores y su discusión pública la Comisión estaba en condiciones de comenzar la tan importante fase de articulación y redacción final que hubiese permitido la presentación y discusión de un anteproyecto de Código civil revisado. Se produjo un documento que consta de unos 2,000 artículos aproximadamente, agrupados en siete libros, por lo que se trata de una obra monumental, tanto en cuanto a su complejidad como en cuanto su extensión.

Ese primer borrador íntegro pretendió ser el comienzo de la última etapa de articulación y redacción final, en la que se evaluaría la obra en su conjunto, para asegurar que reflejara la armonía característica de un verdadero Código. Lógicamente, aun con los esfuerzos de coordinación entre los juristas que participaron, es perfectamente normal que en una obra de tal extensión y envergadura haya que superar algunas contradicciones, imperfecciones en el lenguaje y en la técnica legislativa seguida, algunos defectos de sistemática y aun de naturaleza sustantiva. Sin embargo, por razones de índole puramente político-partidista, la propuesta reforma no ha llegado a su culminación; lo cual no resta un ápice a su trascendencia e importancia para el estudio del desarrollo del derecho privado puertorriqueño.

---

normas y requieren regulación o que están regulados por la ley especial; y se señalaron los efectos de los cambios en otras partes del Código Civil o en la legislación especial.

[92] La Comisión fomentó la participación ciudadana a través de la celebración de vistas públicas y de su página en el Internet. Distinguidos juristas españoles se refirieron a tal iniciativa como "un buen ejemplo de procedimiento legislativo participativo y transparente para la revisión y reforma de un Código Civil". Véase J. Delgado Echevarría, Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte, en *Derecho de sucesiones: Presente y futuro*: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, Ed. Universidad de Murcia, 2006; J. Rams Albesa. Las deudas de la herencia: Una vieja cuestión pendiente, en *Derecho de sucesiones: Presente y futuro: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Universidad de Murcia, 2006; C. Vattier Fuenzalida El derecho de representación, en *Derecho de sucesiones: Presente y futuro: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Universidad de Murcia, 2006.

### 3.2 Modificación del Código Civil y modificación del Derecho de Familia

La reforma del Derecho de familia en la Propuesta de 2007 es sumamente abarcadora, pues se elaboró en el contexto de una reforma integral del Código civil, por lo que para entenderla en su justa perspectiva hay que estudiarla en el conjunto completo, primero, del Libro de Familia y, segundo, del trabajo de revisión del Código en su totalidad. Obviamente, tal examen está fuera del ámbito de este trabajo, pero como mínimo, y antes de examinar directamente lo propuesto en sede de régimen económico matrimonial, es menester hacer referencia a la orientación más general de la reforma del Derecho de familia. Para ello es indispensable referirnos a la parte introductoria del *Memorial Explicativo* y, por su importancia, citar *in extenso*:

> "El Derecho de familia puertorriqueño se ha nutrido de tres fuentes principales, el Código Civil español de 1889, las enmiendas adoptadas por el gobierno militar de Estados Unidos luego del cambio de soberanía y las leyes aprobadas por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico a través de los años. Es la rama del Derecho Civil que más ha recibido la atención legislativa y hoy presenta un cuadro moderno, mucho más justo y equitativo para nuestra sociedad que el que teníamos al comienzo del siglo XX.
>
> El Estudio Preparatorio sobre el Derecho de la Persona y la Familia, San Juan, (1999), encomendado por la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil, destaca como activos de nuestro acervo jurídico, —recogidos en el texto vigente del Código Civil, reconocidos por la jurisprudencia al interpretar sus disposiciones o adoptados a través de legislación especial complementaria—, los siguientes: igualdad de los hijos e hijas, independientemente de las condiciones o la relación personal que existía entre sus progenitores al momento de su concepción o nacimiento; igualdad de los cónyuges en sus relaciones personales, domésticas y económicas; protección a las personas que conviven en relación de pareja de la violencia y la agresión y maltrato que se genera en el núcleo doméstico y pone en peligro su vida o integridad física y emocional; defensa de los mejores intereses del menor en las instituciones que atañen su pertenencia a un núcleo familiar y su estado filiatorio, el ejercicio responsable sobre su persona de la patria potestad y custodia de sus progenitores, la adopción e integración plena a un nuevo grupo familiar que le acepta como hijo o hija con todas las prerrogativas naturales y jurídicas que ese estado conlleva; concentración de recursos que garantizan la atención de sus necesidades básicas de alimentación, vivienda y trato sensible y responsable por parte de sus progenitores o personas que los tienen bajo su tutela o protección; procedimientos públicos y expeditos para proveer asistencia y tutela sobre la persona y los bienes de quien esté incapacitado para atender sus propios asuntos;

> emancipación de los menores de edad por voluntad de sus padres, matrimonio o decisión judicial, con el mínimo de restricciones a su capacidad de obrar; procesos civiles y penales para el cumplimiento de la obligación de alimentar a los descendientes, sobre todo menores edad, y a los ascendientes y colaterales con necesidad de asistencia y sustento; protección especial a los envejecientes para garantizarles su sustento e impedir su abandono y maltrato; reconocimiento de derechos propietarios a las parejas que viven en concubinato y acumulan riqueza; límites a las defensas de inmunidad parental y marital, cuando se falta a los deberes de la paternidad y maternidad responsable o a la obligación de respeto y socorro mutuo entre cónyuges; garantía de un hogar seguro para el núcleo familiar frente a la disolución del matrimonio por muerte o divorcio; entre muchas otras disposiciones consideradas muy avanzadas en el campo jurídico". [93]

Ante el panorama descrito cabría preguntarse por qué era necesaria la reforma del Derecho de familia, que el mismo *Memorial Explicativo* describe como "uno de los campos del Derecho puertorriqueño que ha recibido más atención por parte de la Asamblea Legislativa y la jurisprudencia y en el que se han realizado grandes esfuerzos y alcanzado logros significativos en el mejoramiento de la situación de desventaja de las mujeres frente a los hombres en nuestra sociedad''. [94] La contestación está dada a

[93] Memorial Explicativo del Borrador del Libro sobre las Instituciones Familiares, Comentario general, pág. 1. Dicho trabajo fue encargado por la Comisión Revisora a la Dra. Migdalia Fraticelli Torres, a quien también se le encargó el *Estudio Preparatorio* y quien dirigió el comité de Derecho de Familia que desarrolló las fases previas del trabajo revisor en esta materia. Véase, además, M. Fraticelli Torres, Hacia un nuevo Derecho de familia, 59 Rev. Col. Abog. P.R. 229 (1998).

[94] Memorial Explicativo del Borrador del Libro sobre las Instituciones Familiares, *op. cit*., pág. 3, en el que se cita el Informe sobre el discrimen por razón de género en los tribunales en los términos siguientes:

> "La Comisión Judicial Especial para Investigar el Discrimen por Género en los Tribunales de Puerto Rico había ya reconocido que:
>
> ...el Derecho de Familia es uno de los campos del Derecho puertorriqueño que ha recibido más atención por parte de la Asamblea Legislativa y la jurisprudencia y en el que se han realizado grandes esfuerzos y alcanzado logros significativos en el mejoramiento de la situación de desventaja de las mujeres frente a los hombres en nuestra sociedad [...].
>
> Aunque aún quedan muchas áreas que necesitan revisión radical, la realidad es que las reformas sustanciales realizadas a las instituciones jurídicas básicas que regulan la familia sirvieron para acelerar cambios en las actitudes y los comportamientos sociales, los cuales mejoraron [sin duda] las condiciones jurídicas de la mujer casada y la madre puertorriqueña. El nuevo estado de Derecho alteró las reglas tradicionales que regían las relaciones entre hombres y mujeres y dotó a ambos de mecanismos jurídicos y sociales que hoy les permiten exigirse mutuamente un trato justo y equitativo ante la ley en muchas de las áreas reguladas por el Derecho de la persona y la familia. Comisión Judicial Especial para Investigar el Discrimen por Género en los Tribunales de Puerto Rico, *Informe sobre el discrimen por razón de género en los tribunales 160-61 (San Juan, 1995).*"

renglón seguido, cuando se advierte que la reforma es necesaria, entre otras razones, para armonizar las normas del resto del Código Civil vigente, tanto entre ellas como en su interacción con la enorme cantidad de leyes especiales que rigen hoy en día la materia. Además, para agilizar los procesos y el ejercicio de derechos y obligaciones en el contexto amplio de las relaciones jurídicas familiares. Pero, más importante aun, para atemperar el contenido y el lenguaje de muchos preceptos anacrónicos que ofrece alguna normativa que no responde a las necesidades de una sociedad distinta a aquella para la que nació el Código en su concepción decimonónica.[95] En esta última categoría se insertan, sin duda, los problemas sobre los que versa este trabajo de investigación.

La normativa sobre régimen económico matrimonial es una materia en la que el Derecho de familia puertorriqueño ha experimentado cambios importantes, principalmente a raíz de la reforma introducida en 1976, como antes se indicó, la cual fue impulsada principalmente con el objetivo de insertar en ese contexto el principio de igualdad jurídica entre los cónyuges. Si bien dicha reforma llegó con más de dos décadas de retraso, pues la Constitución de Puerto Rico, desde su adopción en 1952 proclama la igualdad y la inviolabilidad de la dignidad del ser humano, la orientación legislativa siguió la corriente experimentada en otros países, que estuvo propulsada por la adopción de trascendentales declaraciones internacionales dirigidas a eliminar el discrimen por razón de género en todos los ámbitos.

No obstante, y sin ánimo de subestimar la trascendencia de tan importante reforma, la realidad es que ésta no fue hasta sus últimas consecuencias en el intento de atemperar la normativa codificada a la realidad jurídica, social y económica imperante. La reforma de 1976 no lo logró, como no lo han logrado otros cambios legislativos parciales que han entrado en vigor en los casi cuarenta años transcurridos desde entonces. Por ejemplo, la vigencia en pleno siglo veintiuno del principio de inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio y la prohibición de contratación entre cónyuges su consecuente limitación a la autonomía de la voluntad privada de los cónyuges son de las mejores muestras de ello. Se afirma que en la reforma de 1976 el legislador no incluyó la discusión sobre la necesidad de abandonar el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial para no desviar la atención del propósito principal de la reforma, a saber, dar participación igual a la mujer en la

[95] *Íd.* Allí se resalta, además, la necesidad de "reformular un sistema de derecho privado que sirva bien a la presente y a las futuras generaciones."

gestión del caudal común,[96] pero nos parece inaceptable tal, o cualquier otra, justificación.

### 3.3 Propuesta de modificación del régimen económico del matrimonio

En la mirada que hacemos en este trabajo a la Propuesta de 2007, consideramos necesario examinar el contenido principal de los preceptos que versan más directamente sobre el tema objeto de esta investigación. Reiteramos, no obstante, la necesidad de que el análisis último se haga de manera integrada. Sin embargo, para poner en contexto la parte de la propuesta que concierne más directamente al objeto de estudio de esta investigación, es menester, como mínimo, tener presente que la nueva disciplina normativa que se pone a discusión para reformar el Derecho de Familia puertorriqueño está insertada en un marco coherente desde su génesis. Así, desde la fase de conceptualización de la tarea reformadora que culminó en la adopción de los *Criterios Orientadores* se advertía la necesidad de que el proyecto de Código Civil revisado siguiera, armónicamente, unas guías cuyo *imprimátur* se reflejara en la normativa propuesta para todas las materias por igual. En consonancia con lo anterior, se afirma que en la reformulación del Derecho de familia se han observado las bases establecidas por la Comisión para guiar el proceso reformador en su totalidad.[97]

---

[96] M. Fraticelli Torres, Un nuevo acercamiento a los regímenes económicos del matrimonio: La sociedad legal de gananciales en el Derecho puertorriqueño, 29 Rev. Jur. U.I.A. 413, 437 (1995).

[97] Memorial Explicativo del Borrador del Libro sobre las Instituciones Familiares *op. cit*., pág. 5:

> "Al reformular el Libro Segundo del Código Civil Revisado se ha procurado, como manda la Comisión Conjunta Permanente en el Artículo III del Informe sobre Criterios Orientadores, que el proyecto se ajuste a las siguientes directrices:
>
> 1. La revisión del Código Civil de Puerto Rico debe mantener y respetar nuestra tradición jurídica civilista.
>
> 2. Al recomendar enmiendas al texto legal presente se han recogido las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica y se han atendido las nuevas necesidades sociales con soluciones que tienen fundamentos científicos o precedentes autorizados en nuestra legislación o en legislaciones extranjeras, y que han alcanzado ya común asentimiento entre nuestros juristas.
>
> 3. Se ha examinado la sistemática o agrupación de las materias en el texto vigente para determinar si es necesaria una nueva ordenación o alteración de su estructura de conjunto, de modo que, en lo recomendable, el Código Civil se mantenga íntegro y se conserven dentro de su estructura las materias que tradicionalmente allí han figurado.
>
> 4. Se han identificado los institutos jurídicos que necesitan adecuarse a una nueva realidad histórica, las normas que conservan la redacción defectuosa original, así como las maneras en que la doctrina científica o jurisprudencial ha realizado la correspondiente labor correctora, y las normas que han suscitado interpretaciones divergentes, bien porque el lenguaje actual sea ambiguo, bien porque existan normas contradictorias, para sugerir los cambios apropiados.

Antes de examinar las disposiciones sobre régimen económico contenidas en el título quinto del Libro Segundo sobre Derecho de Familia, es menester apuntar que aquellas vienen precedidas por un marco conceptual para la normativa familiar que se recoge en el Titulo Primero sobre *la constitución y naturaleza jurídica de la familia*.[98]

---

5. Se han identificado las normas anacrónicas que deben suprimirse y se sugiere su sustitución por otras que respondan a los valores y los cambios socio-culturales, tecnológicos, científicos y económicos que ha experimentado nuestra sociedad en el último siglo.

6. Se han considerado los desarrollos jurisprudenciales compatibles con nuestra tradición civilista y las desviaciones identificadas por la doctrina científica para incorporarlos como normas del Código Civil, cuando el contenido y alcance de la institución así lo requiere o lo permite.

7. Se han identificado las normas del Código Civil que deben formar parte de la legislación especial y se ha evaluado y sugerido la conveniencia de su regulación por legislación especial.

8. Se ha evaluado la legislación especial que hoy coincide con el contenido del Código Civil en la regulación de algunos asuntos con el propósito de determinar qué debe continuar regulándose en el código y qué en la ley especial.

9. Se ha prestado especial atención al uso correcto del lenguaje, en la medida de lo posible, para evitar la oscuridad de la expresión o los defectos de estilo, especialmente para eliminar y sustituir el lenguaje sexista y no inclusivo, discriminatorio, estereotipado, peyorativo o anacrónico."

[98] Dichos artículos disponen lo siguiente:

**ARTÍCULO 1. RF 5. Relaciones jurídicas familiares.**

Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de derechos y obligaciones recíprocos de los integrantes de la familia.

**ARTÍCULO 2. RF 5. Normas de orden público.**

Las normas que regulan las relaciones jurídicas familiares son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger el desarrollo integral de la persona en el entorno familiar.

**ARTÍCULO 3. RF 3. Derechos y obligaciones de los miembros de la familia.**

Los miembros de la familia tienen recíprocamente el derecho y la obligación de respetarse, protegerse y socorrerse y de proveer para el levantamiento de las cargas familiares en la medida de sus posibilidades, recursos económicos y aptitudes personales. Cuando uno de los miembros de la familia requiere atenciones especiales o no puede valerse por sí mismo, los demás son responsables de su protección y sostenimiento, en las condiciones y el alcance que determine la ley.

Los intereses de la persona prevalecen sobre los de su grupo familiar únicamente si atañen a su intimidad e integridad personal o cuando el interés colectivo no es apremiante.

**ARTÍCULO 4. RF 6. Carácter privado de los procesos.**

Las vistas, los expedientes y las actuaciones judiciales en los procesos en los que se ventilen asuntos sobre relaciones jurídicas familiares tienen carácter privado y confidencial, salvo que las partes soliciten expresamente que se hagan públicos o que se dé acceso a terceras personas. El tribunal podrá denegar la solicitud si la divulgación de la información o de los procesos perjudica la adjudicación final del asunto en controversia.

**ARTÍCULO 5. RF 7. Naturaleza de los procesos.**

En la atención de los conflictos y los procesos jurídicos familiares se dará preferencia a los métodos conciliatorios de solución de conflictos.

También es relevante consignar que en la propuesta de modificación del Código civil de Puerto Rico, el Libro Segundo sobre *Las instituciones familiares* comprende 474 artículos, de los que aquí interesamos destacar los que se relacionan más directamente con el tema investigado. No obstante, el texto completo aparece consignado en el Anexo I de este trabajo, de modo que pueda entenderse lo que aquí discutimos en el contexto integrado y armónico de la normativa propuesta oportunamente por la Comisión Revisora en el año 2007.

**LIBRO SEGUNDO**
**LAS INSTITUCIONES FAMILIARES**
**TÍTULO V. EL RÉGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL**
**CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES PARA TODOS LOS REGÍMENES ECONOMICOS DEL MATRIMONIO**

**ARTÍCULO 1. RM 1. Selección del régimen económico.**

Al momento de la inscripción del matrimonio en el Registro Demográfico, los cónyuges seleccionarán el régimen económico que lo regirá. Cualquier modificación posterior se anotará al margen de la inscripción del matrimonio para que surta efectos ante terceros.

Si los contrayentes no acordaran por escrito las capitulaciones matrimoniales, el régimen seleccionado se regirá por las disposiciones de este código.

**ARTÍCULO 2. RM 2. Régimen supletorio.**

Los cónyuges pueden optar por no seleccionar un régimen determinado al contraer matrimonio, en cuyo caso quedarán sujetos al régimen de sociedad de gananciales. Así lo hará constar el registrador al inscribir el matrimonio.

**ARTÍCULO 3. RM 3. Libertad de contratación.**

Los cónyuges pueden transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de acuerdos que no les esté expresamente prohibido. Para ser válidos, estos acuerdos tienen que cumplir los requisitos formales y sustantivos esenciales de las capitulaciones matrimoniales y del tipo contractual de que se trate.

**ARTÍCULO 4. RM 4. Mutabilidad del régimen.**

Los futuros contrayentes o los cónyuges, según sea el caso, pueden, antes o después de celebrado el matrimonio, estipular, modificar o sustituir el Régimen económico en cualquier momento, pero tales acuerdos no afectarán a los terceros mientras no se inscriban en el Registro Demográfico.

**ARTÍCULO 5. RM 5. Contribución a los gastos del mantenimiento familiar.**

Con independencia del régimen seleccionado, los bienes de ambos cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio y de la familia.

Ambos cónyuges contribuirán a los gastos del mantenimiento familiar con el trabajo doméstico; con su colaboración personal o profesional no retribuida o con una retribución insuficiente en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge; con los recursos procedentes de su actividad lucrativa o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus respectivos patrimonios, salvo que pactaren otros modos.

**ARTÍCULO 6. RM 6. Obligación recíproca de informar.**

Los cónyuges tienen la obligación recíproca de informarse adecuada y oportunamente de las gestiones patrimoniales que llevan a cabo para la atención de las cargas y de los gastos familiares. Igual obligación existe respecto a la administración y a los rendimientos de los bienes comunes y de los propios, si éstos sirven o están destinados al levantamiento de tales cargas.

**ARTÍCULO 7. RM 7. Incumplimiento del deber de contribución.**

Cuando uno de los cónyuges incumple su deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, el tribunal, a petición de parte interesada, debe dictar las medidas cautelares que estime necesarias para asegurar su cumplimiento presente y futuro. Para ello puede comprometer o gravar tanto los bienes comunes como los particulares de cada cónyuge.

**ARTÍCULO 8. RM 8. Actuación individual para atender cargas familiares.**

Cualquiera de los cónyuges puede realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia y aquellas necesidades extraordinarias que sean apremiantes e indispensables para lograr el bienestar físico o emocional de sus miembros, según las circunstancias sociales y económicas del matrimonio.

De las deudas contraídas en el ejercicio de esta facultad responden solidariamente los bienes comunes, si los hay, y los del cónyuge que contrae la obligación. Si éstos no bastan para satisfacer la deuda, responderán subsidiariamente los bienes del otro cónyuge. El que aporte caudales propios para la satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado, de conformidad con su régimen matrimonial, al liquidarse éste.

**ARTÍCULO 9. RM 9. Sanciones cuando falta el consentimiento dual.**

Cuando la ley requiere que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro para realizar un acto de administración o de disposición sobre bienes comunes, tal acto puede anularse a instancias del cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido o de sus herederos.

Son nulos los actos a título gratuito sobre los bienes comunes si falta el consentimiento del otro cónyuge.

**ARTÍCULO 10. RM 10. Protección especial de la vivienda familiar.**

> Con independencia del régimen económico matrimonial, ningún cónyuge puede disponer de los derechos sobre la vivienda familiar ni de los muebles de uso ordinario del grupo familiar, aunque tales bienes pertenezcan al disponente, sin el consentimiento expreso del otro o, en su defecto, de la autoridad judicial.
>
> El acto o negocio efectuado sin el consentimiento o la autorización que prevé el párrafo que antecede es anulable, a instancias del otro cónyuge o de sus hijos menores, si conviven en la vivienda. No procede la anulación cuando el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso.
>
> El cónyuge que haya dispuesto del inmueble responde de los perjuicios que cause.
>
> **ARTÍCULO 11. RM 11. Confesión sobre la titularidad de un bien.**
>
> La confesión de un cónyuge de que determinado bien pertenece a uno de ellos es prueba suficiente. Tal confesión por sí sola no perjudica a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores de la sociedad conyugal o de cualquiera de los cónyuges, si la atribución no consta inscrita, como modificación del régimen original, en el Registro Demográfico o, según la naturaleza del bien, en el registro correspondiente.

Es de notar la similitud, aunque no identidad, en cuanto a los conceptos atendidos en las disposiciones generales de los artículos 1315 a 1324 del Código Civil español. No obstante, al examinar los preceptos antes citados, de entrada, tenemos que resaltar un cambio de ubicación sistemática, pues la normativa sobre el régimen patrimonial del matrimonio se traslada del Libro IV de las Obligaciones y Contratos (específicamente en el título tercero sobre el "*contrato sobre bienes en ocasión del matrimonio*", al libro dedicado al Derecho de familia, que además estrena nuevo nombre bajo el epígrafe de *Las Instituciones Familiares*.[99]

[99] Coincidimos con la afirmación de que el nuevo título del Libro responde más atinadamente al sustrato de las materias que regula:

> "Las normas propuestas en este Libro Segundo se dividen en doce títulos, que cubren los preceptos conocidos y nuevas disposiciones que pretenden cubrir las necesidades de una realidad social puertorriqueña, distinta y variada. Para que el título responda de modo más acertado a su contenido, se le ha llamado el libro de Las Instituciones Familiares, porque regula las relaciones humanas de mayor relevancia jurídica que se generan en el entorno familiar o por razón de los lazos de familia existentes entre dos o más sujetos de derecho. Los doce títulos en que se ha dividido se dedican a las siguientes materias: Título I. La constitución y la naturaleza jurídica de la familia; Título II. El parentesco; Título III. El matrimonio; Título IV La disolución del matrimonio; Título V. El régimen económico matrimonial; Título VI. La filiación natural [que incluye la procreación asistida]; Título VII. La filiación adoptiva; Título VIII. La autoridad parental; Título IX. La emancipación de la persona menor de edad; Título X. La obligación alimentaria; Título XI. Las uniones de hecho y las uniones civiles; Título XII. El registro del estado civil de las personas naturales y de otras constancias demográficas. Memorial Explicativo del Borrador del Libro sobre las Instituciones Familiares, *op. cit.*, pág. 8.

Así, en un título separado, dedicado a la economía matrimonial, la propuesta atiende la crítica doctrinal que ha censurado la ubicación de esta normativa en sede de la disciplina contractual sobre el fundamento principal, aunque no único, de que es una materia cuyo aspecto contractual no es exclusivo, sino más bien determinado en gran medida por la normativa preestablecida para el matrimonio.[100]

En materia sustantiva, la Propuesta de 2007 comienza dotando la disciplina de la economía conyugal de unas disposiciones generales que no existen, reguladas como tales, en el Derecho vigente, por lo que, siguiendo el modelo español, vigente también en otros países, pretende darle aplicación general a una serie de principios cuya

[100] Véase Memorial Explicativo del Borrador del Libro sobre las Instituciones Familiares, *op. cit.*, pág. 230. De hecho, si se examina la Propuesta de 2007 en su totalidad se advertirán otros cambios estructurales y de sistemática. Así por ejemplo, uno de los más importantes —y la razón por la cual el libro dedicado al Derecho de familia pasará a ser el segundo en el propuesto Código Civil Revisado— es que éste tendrá como libro primero una parte general titulada *Las Relaciones Jurídicas*, que atiende los temas de persona, bienes, y hechos y actos jurídicos. Su importancia y justificación se exponen con claridad en su correspondiente Memorial Explicativo:

> "La persona, los bienes y los hechos y actos jurídicos constituyen el contenido de esta Propuesta para un nuevo Libro del Código Civil: ***Las Relaciones Jurídicas***. Este enfoque no es exclusivo ni característico de esta Propuesta, se observa también en algunos códigos de segunda generación y responde a una nueva corriente codificadora que ha prestado atención a unos criterios doctrinales muy persuasivos, tanto de naturaleza sustantiva como del orden de la sistemática.
>
> En el tratamiento del derecho subjetivo —derecho que impone deberes y al propio tiempo otorga facultades y atribuciones para hacer y para exigir el cumplimiento de aquéllos– no sólo es importante la norma que se dicta sino el sujeto para quien se dicta y la cualidad del bien que constituye el objeto del Derecho. Los sujetos del derecho civil son los seres o entidades que tienen el poder de obrar y la facultad o el deber de prestar los medios conducentes al cumplimiento de los fines individuales más generales y permanentes dentro del concierto social. Este ser o esta entidad, en su cualidad de sujeto de derecho, se denomina *persona*. El otro elemento de la relación jurídica o del derecho subjetivo es el objeto o aquello que se opone a otra cosa y sobre el que recae el poder de obrar o la facultad de exigir. En nuestro ordenamiento se los denomina *bienes*.
>
> La mutua correspondencia entre obligación y exigencia constituye la relación jurídica, la cual está sometida a las vicisitudes de la existencia. Los hechos, de la naturaleza o humanos, que traen aparejadas consecuencias en derecho porque originan, modifican o extinguen la relación jurídica se denominan *hechos jurídicos*; mientras que los actos humanos que son voluntarios y producen efectos en derecho se llaman *actos jurídicos*. En definitiva, según este esquema teórico, no hay acto jurídico sin el sujeto que lo produzca y, para que el agente lo produzca, es menester que tenga capacidad.
>
> Ya en otro orden hay que decir que la elaboración seguida en este Libro desemboca en una nueva sistemática, más lógica, técnica y coherente, lo que sin duda contribuye al mejor esclarecimiento del contenido normativo. De esta forma se superan deficiencias del plan romano-francés que siguió el Código vigente, medida inspirada en progresos realizados en otros países que son utilizables en el nuestro. Este Libro, además, contiene normas generales para todo el Derecho civil, que trascienden cada institución y suplen en cierto modo vacíos y lagunas en todo el cuerpo normativo." Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, Memorial Explicativo del Borrador del Libro Primero sobre las Relaciones Jurídicas, *op. cit.*, pág. 1.

imperatividad no depende del régimen económico aplicable al matrimonio. Insertados en esas disposiciones generales se encuentran los primeros cuatro artículos que vienen a ser los más importantes en relación con el tema que nos ocupa en este trabajo y sobre los cuales hay que anotar lo siguiente.

El artículo 1 de la Propuesta recoge el principio jurídico de libertad de pacto entre los futuros cónyuges, en cuanto permite expresamente que los cónyuges seleccionen el régimen económico que regirá su matrimonio. Aunque parecería, a primera vista, que obliga a que la inscripción del matrimonio vaya de la mano con una anotación del régimen matrimonial seleccionado *por los cónyuges*, si se examina la letra del artículo 2 se puede colegir que no es así. Lo preceptuado en dicho artículo 2 deja claro que la opción reconocida en el artículo 1 no implica que los cónyuges afirmativamente tienen que seleccionar el régimen, sino que, de no hacerlo, el funcionario que inscribe el matrimonio anotará que dicho matrimonio se rige por el régimen legal. Así parece quedar claro si se lee este artículo de manera integrada con el artículo 2 que le sigue, y que conserva la norma vigente que establece el régimen de sociedad de gananciales como régimen supletorio. Consideramos que la propuesta debe ir un paso más adelante y requerir que los cónyuges tengan que manifestar su voluntad de manera clara y efectiva, bien mediante capitulaciones formales o haciendo constar su voluntad expresa de acogerse al régimen legal. De esta forma se asegurará que los cónyuges sean conscientes de cuál es el régimen económico aplicable a su matrimonio, lo cual, al menos potencialmente, podría reducir las controversias patrimoniales futuras. Considero que la abrumadora mayoría de las personas casadas, al menos en Puerto Rico, no sólo no es consciente del régimen económico al que está sometido su matrimonio, sino que, aunque lo sepan, no tienen siquiera una idea básica de sus implicaciones. Un cambio normativo a esos efectos quizás cambie el panorama de tal forma que podamos hablar de libertad efectiva al seleccionar el régimen económico del matrimonio.

La libertad de contratación se recoge en el artículo 3 de la Propuesta, en el que se abandona la prohibición de contratación entre cónyuges para dar paso a la posibilidad de que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre ellos todo tipo de pacto que no esté expresamente prohibido. Como se discute en el *Memorial Explicativo*, aunque las prohibiciones no siempre están consignadas en la normativa codificada vigente, en el ordenamiento puertorriqueño

predomina la prohibición de contratación entre cónyuges, por lo que la doctrina se ha encargado de precisar y discutir el inventario de limitaciones.[101]

De hecho, es de notar que con posterioridad a la discusión de la Propuesta de 2007 se aprobó una enmienda al artículo 1286 del Código civil, que hasta entonces sólo contemplaba la clásica excepción a la prohibición de donaciones entre cónyuges que permite los regalos módicos entre los cónyuges en ocasión de regocijo familiar. La enmienda admite una excepción adicional que permite que un cónyuge pueda donar a la sociedad legal de gananciales un inmueble privativo si éste constituye la vivienda familiar.[102] El texto enmendado en el año 2009 es el siguiente:

> Artículo 1286. Será nula toda donación entre cónyuges durante el matrimonio, salvo por las excepciones que a continuación se establecen:
>
> 1. Los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia.
> 2. La donación consistente en la conversión de la propiedad privativa de uno de los cónyuges sobre un inmueble que constituye la residencia principal del matrimonio en una propiedad de la sociedad legal de gananciales constituida por ellos. Esta conversión se hará mediante escritura pública, en la que se hará constar el hecho de que la propiedad convertida constituye la residencia principal de los cónyuges y que no existe al momento de hacerse la donación otra propiedad adquirida por la sociedad legal de gananciales bajo esta disposición. La donación no será colacionable en caso de fallecimiento del cónyuge donante.

Esta enmienda demuestra que la prohibición de contratación entre cónyuges ha perdido terreno ante la necesidad de que el legislador busque soluciones prácticas a los problemas actuales de la economía conyugal, que no siempre es estática ni previsible. Así, este nuevo lenguaje del artículo 1286 evade la prohibición de donaciones entre cónyuges como respuesta a la realidad social contemporánea demostrativa de que cada vez más personas llegan al matrimonio a una edad promedio mayor, por lo que es más común que traigan al matrimonio una propiedad inmueble que se convierte en la residencia principal de la familia y cuya titularidad el cónyuge propietario quiere compartir con la sociedad ganancial. Lo mismo ocurre comúnmente en los matrimonios en los que alguno de los cónyuges contrae segundas o ulteriores nupcias.

Nótese, sin embargo, que este espacio ganado a la prohibición de donaciones entre cónyuges sólo es aplicable cuando los cónyuges están sometidos al régimen de

[101] Memorial Explicativo del Borrador del Libro sobre las Instituciones Familiares, *op. cit.*, pág. 234.
[102] Ley Núm. 131 de 26 de octubre de 2009.

sociedad ganancial, por lo que debemos entender que no opera si la economía conyugal está sometida a cualquier otro régimen, o al menos eso parece colegirse del texto legislativo vigente.

De otra parte, el artículo 4 de la Propuesta de 2007 recoge el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial, sin otra condición que la limitación de sus efectos frente a terceros mientras no se inscriba tal acuerdo en el registro. Tal precepto implica un cambio trascendental en la regulación de la economía matrimonial y armoniza perfectamente con la introducción del principio de libertad de contratación recogido en el artículo que le precede. El *Memorial Explicativo* hace mención expresa de que la norma se inspira en los artículos 1325 y 1326 del Código civil español y hace una extensa referencia a la reforma que propició el contenido actual de dichos preceptos, tema que discutimos en un apartado anterior de este trabajo, por lo que no abundaremos aquí sobre las razones que justifican el abandono de la regla de inmutabilidad.

En lo relativo a las capitulaciones matrimoniales específicamente, los siguientes artículos de la Propuesta de 2007 reflejan los elementos esenciales de la normativa recomendada y que, como discutimos a continuación de la siguiente transcripción, proponemos se modifique antes de su aprobación final:

## CAPÍTULO II. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

**ARTÍCULO 12. RM 12. Autonomía de los acuerdos matrimoniales.**

Los cónyuges pueden regir sus relaciones personales y económicas, así como la naturaleza, el manejo, el disfrute y el destino de los bienes propios y comunes, mediante capitulaciones matrimoniales. En éstas pueden establecer las cláusulas y condiciones que sean mutuamente convenientes, siempre que no sean contrarias a las leyes, la moral o el orden público.

Son nulas las cláusulas que menoscaban la autoridad, la dignidad o la paridad de derechos que los cónyuges gozan en el matrimonio.

**ARTÍCULO 13. RM 13. Formalidades.**

Las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse en escritura pública para que sean válidas y exigibles. Cualquier modificación posterior debe anotarse en la escritura original para que afecte el valor y la eficacia de lo previamente acordado. Incurre en responsabilidad civil el notario que no haga constar las alteraciones en las copias que expida a las partes, si su omisión les causa daños.

El acto jurídico fundado en el acuerdo original, sin que conste inscrita o anotada la modificación posterior, se presume que se ha hecho

de buena fe. La anulación no perjudica a los terceros que actuaron en previsión de sus efectos.

**ARTÍCULO 14. RM 14. Capitulaciones de menores e incapaces.**

Tanto el menor no emancipado como el incapacitado judicialmente, que sean aptos para contraer matrimonio, pueden otorgar capitulaciones y modificarlas, pero necesitan el consentimiento de ambos progenitores o del progenitor que ejerza sobre ellos la autoridad parental o, en su defecto, del tutor, según corresponda.

En el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio con arreglo a la ley, se entenderá que el menor o el incapacitado lo ha contraído sujeto al régimen de sociedad de gananciales.

**ARTÍCULO 15. RM 15. Anotación en el Registro Demográfico.**

Las capitulaciones otorgadas deben figurar en la inscripción del matrimonio que obra en el Registro Demográfico. También se anotarán los acuerdos, resoluciones judiciales y demás hechos o actos que modifiquen el régimen económico matrimonial. Si aquéllas o éstos afectaren bienes inmuebles, se anotarán en el Registro de la Propiedad en la forma y para los efectos previstos en la legislación especial.

**ARTÍCULO 16. RM 16. Ineficacia de las capitulaciones.**

Las capitulaciones quedarán sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un año, contado a partir de la fecha en que se otorgaron.

**ARTÍCULO 17. RM 19. Medidas supletorias para estimar validez.**

La validez y la eficacia de las capitulaciones matrimoniales se rigen por las reglas generales de los contratos.

Los artículos 12 y 13 de la Propuesta, ya en sede de capitulaciones matrimoniales propiamente y en un capítulo separado, completan con su texto la normativa que consagra la máxima autonomía de la voluntad de los cónyuges. Sobre el artículo 13 de la Propuesta, hay que resaltar que retiene el requisito de escritura pública para la validez de los capítulos matrimoniales con un nuevo lenguaje armonizado con la norma de mutabilidad expresamente recogida en el artículo 4 antes discutido, la cual, sin duda, hace la forma pública más necesaria que nunca, por lo que coincidimos con la Propuesta en cuanto mantiene la forma escrituraria *ad solemnitatem.* No obstante, consideramos que den un futuro debe estudiarse la posibilidad de que tal supuesto no aplique a toda circunstancia de selección de régimen económico patrimonial sino sólo a aquellas en las que la selección del régimen requiere una liquidación previa, dejando fuera del requisito formal de escritura pública la estipulación del régimen económico

hecha con anterioridad al matrimonio y que, por ende, no precisa de liquidación alguna, así como la que se hace sólo para rechazar el régimen legal supletorio.

El artículo 12, por su parte, es el de mayor relevancia para el objeto de este trabajo. Nos parece acertado que regule con un texto explícito el contenido de los capítulos matrimoniales y deje amplio margen a los cónyuges para regir sus relaciones personales y económicas mediante capitulaciones matrimoniales. De hecho, el lenguaje es quizá redundante en cuanto hace referencia a que la naturaleza, el manejo, el disfrute y el destino de los bienes propios y comunes puede ser objeto de pacto. Sin embargo, para que esta propuesta no resulte desactualizada desde su nacimiento, sino a la altura de las tendencias legislativas y jurisprudenciales más recientes en materia de autonomía de la voluntad en sede matrimonial, debe atenderse el planteamiento que hacemos a continuación.

### 4. Un modelo alterno para el Derecho matrimonial puertorriqueño

Como se aprecia, la normativa puertorriqueña vigente en sede matrimonial no refleja algunas de las más importantes transformaciones experimentadas por su antecedente inmediato, el Código civil español, particularmente en cuanto limita la libertad de otorgamiento y de pacto, pues todavía se aferra al principio de inmutabilidad capitular y a la prohibición de contratación entre cónyuges. Ello es incompatible no solo con valores constitucionales firmemente arraigados en el ordenamiento puertorriqueño −como la libertad individual y la igualdad, por ejemplo− sino también con la normativa codificada misma. Esta, en otros contextos, protege y valora preferentemente tales derechos constitucionales, como es el caso en la regulación de la disolución matrimonial por divorcio.

El desfase de la disciplina jurídica matrimonial puertorriqueña con la realidad socio-económica en la que opera no responde a que, como materia, tenga poca trascendencia. Cabe entonces preguntarse a qué responde la inacción legislativa en un campo que afecta a tantas personas en su cotidianidad. Pues quizá para ello haya que volver a un punto discutido en un apartado previo de este trabajo en el que discutíamos que dentro del amplio ámbito del derecho privado familiar, la economía conyugal tradicionalmente ha tenido menos consecuencias políticas e ideológicas directas que otros temas. Lo anterior queda claro si se contrasta con lo que ocurre con otros temas

de Derecho de familia que provocan mucho más interés en la opinión pública y en los medios de comunicación, como por ejemplo los que guardan relación más estrecha con el derecho fundamental a contraer matrimonio y sus correspondientes fundamentos constitucionales.

Seguramente este fenómeno explica la decisión del legislador de perpetuar en el ordenamiento privado puertorriqueño la vigencia de anacrónicos principios ya superados por su homólogo español, entre otras legislaciones modernas, sin que las transformaciones experimentadas por su principal referente hayan logrado cruzar el Atlántico. Pero en esta materia tampoco han llegado las influencias de la más cercana –geográfica, jurídica y políticamente hablando− normativa estadounidense, que ha venido desarrollándose por décadas tanto en el ámbito legislativo y doctrinal como en la casuística estatal. En materia de contratación entre cónyuges y de mutabilidad del régimen económico como manifestaciones concretas de la autonomía de la voluntad privada en el ordenamiento jurídico-matrimonial, es evidente que, salvada hace ya cuatro décadas la necesidad de superar los principales problemas de desigualdad jurídica de la mujer casada, las potenciales cuestiones jurídicas que inciden en esa disciplina ocupan poco interés para los políticos de turno. Muy probablemente ello responde a su escasa trascendencia en la opinión pública masiva, y por ende en la agenda legislativa, a pesar del ingente interés que ello reviste para que la normativa jurídica en sede matrimonial sirva su función y para que la práctica jurídica maneje adecuadamente normas que impactan enormemente otros aspectos de las relaciones conyugales.

De otra parte, el debate sobre los límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes de las capitulaciones matrimoniales no ha estado totalmente ausente en el debate doctrinal y jurisprudencial puertorriqueño, pero no ha tenido la trascendencia ni ha generado tanta discusión como en el Derecho español. Quizá ello responde a que no se observa un ejercicio frecuente de la alternativa de los futuros cónyuges de otorgar capitulaciones matrimoniales,[103] entre otras razones porque no pueden hacerlo constante matrimonio y esto, como apuntamos antes, tiene un impacto directo en las posibilidades de que surjan controversias sustanciales que sean susceptibles de recorrer la larga trayectoria que requiere el cauce judicial o de reclamar contundentemente la acción

[103] Puede verse una reciente recopilación de datos sobre la otorgación de capitulaciones matrimoniales en Puerto Rico y su correspondiente análisis estadístico en R. Torres y F. Quiles Torres, Capitulaciones matrimoniales: Análisis estadístico, 83 Rev. Jur. UPR 469 (2014).

legislativa. Pero esto no altera la realidad de que el enfoque normativo puertorriqueño está desgastado porque responde a un sustrato ideológico, social y económico pretérito. Los desarrollos legislativos en la disciplina jurídica matrimonial han evadido el asunto y los pronunciamientos jurisprudenciales tampoco han provisto una solución adecuada. De hecho, estos últimos no han aportado substanciosamente al debate sino, más bien, se han limitado a exponer de forma escueta la controversia en cuestión y a adoptar, de forma poco crítica, soluciones primordialmente prácticas a las controversias en cuestión.

Las profundas y trascendentales modificaciones proyectadas en la Propuesta de 2007 a la normativa matrimonial son asumibles y defendibles en la actualidad porque, entre otros extremos, permitirán que un reformado Código civil de Puerto Rico atienda de forma más adecuada el entramado regulatorio en el que se inserta el contrato capitular, para que se conforme con las soluciones que demanda el momento actual. Avatares ajenos al contenido del texto, y cuyo detalle pormenorizado no es el caso relatar, dieron al traste con tan ansiada y necesaria reforma, pero el texto no ha perdido actualidad y, haciendo una propuesta de *lege ferenda*, debería incorporarse como versión reformada del vigente Código Civil puertorriqueño. No obstante, su aprobación hoy, en los términos propuestos en el año 2007, no sería suficiente para atender la problemática planteada y estudiada en el presente trabajo. La oportunidad de examinar y analizar detenidamente las cuestiones más importantes que suscita el tema estudiado en esta investigación me lleva a plantear que en cuanto a este la Propuesta de 2007 es deficiente, por lo que debe modificarse para que reconozca sin ambages la posibilidad de que los cónyuges pacten anticipadamente las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial.

Es necesario entonces que, como mínimo, cualquier esfuerzo reformador vaya un paso más adelante y reconozca expresamente el pacto en previsión de ruptura matrimonial como contenido posible, incluso autónomo, de las capitulaciones matrimoniales. Por ende, como cuestión de *lege ferenda*, ello debería incorporarse en cualquier propuesta de Código Civil puertorriqueño reformado. De esta forma, se complementaría la Propuesta de 2007 para renovar el Derecho privado puertorriqueño que, como se vio, entre otras cosas, incorpora en sede matrimonial la facultad que ofrece el Derecho español a los cónyuges para modificar el régimen económico constante matrimonio y contratar libremente entre sí. Con lo cual, la normativa jurídica

matrimonial puertorriqueña se insertaría plenamente en las corrientes de pensamiento, ya maduras en muchos países, que avalan la autonomía de los cónyuges como uno de los pilares básicos del ordenamiento jurídico privado.

La mirada retrospectiva que hicimos en este trabajo al Derecho español, desde el Proyecto de Código Civil de 1851 hasta la regulación vigente, nos confirma que la disciplina normativa conyugal debe abandonar irreversiblemente el desprestigiado principio de inmutabilidad del régimen matrimonial y la prohibición de contratación entre cónyuges si pretende ser útil en las circunstancias jurídicas, sociales y económicas del Puerto Rico actual. Pero ello no sería suficiente, pues para que la libertad capitular cobre vigencia plena entre los cónyuges como manifestación de su autonomía negocial en sede matrimonial es indispensable que estos puedan también autorregular anticipadamente las consecuencias personales y patrimoniales de una futura ruptura matrimonial, con la seguridad de que tal acuerdo tendrá plenos efectos. Sin embargo, no pretendemos para esas amplias facultades un carácter absoluto, pues somos conscientes de que la libertad de elección, de modificación y de pacto en general tiene que estar, de algún modo, limitado por normas de carácter imperativo o de orden público, como hemos discutido exhaustivamente a lo largo de este trabajo.

Coincidimos con MORENO FLOREZ en cuanto afirma: "el Derecho de familia es la rama más cambiante dentro del Derecho civil, la más condicionada por las peculiaridades de la organización social y política, la más inmediatamente influenciada por las intenciones ideológicas de la legislación". [104] Indudablemente, las normas jurídicas no deben quedar anquilosadas, tienen que renovarse y evolucionar como lo hacen sus destinatarios; de lo contrario no pueden cumplir sus fines. La sociedad puertorriqueña contemporánea no puede partir de la aceptación de las premisas en las que se justificaban el principio de inmutabilidad capitular y la prohibición de contratación conyugal, sobre todo porque la situación jurídica de los cónyuges se cimienta en un plano constitucional que impone la igualdad de derechos y obligaciones desde hace más de seis décadas.

La admisión de la norma de mutabilidad del régimen matrimonial y la libertad de contratación entre cónyuges en ejercicio de su autonomía privada no implica descartar cualquier posibilidad de que el consentimiento de uno de los cónyuges resulte viciado, ya sea por la presión indebida del otro -lo cual muy bien podría ocurrir

[104] R. M. Moreno Flórez, Acto Constitutivo de la Adopción, Madrid, Editorial Colex, 1985, pág. 19.

también antes del matrimonio- o por cualquier otra causa. No obstante, hay otras soluciones para atender ese problema sin que necesariamente se coarte la libertad capitular de los cónyuges *a priori*, soluciones éstas probadas ya en los sistemas jurídicos que admiten la mutabilidad capitular y la contratación entre cónyuges, en donde toda la normativa que regula esta disciplina está presidida por un sistema tendente a evitar los potenciales riesgos de fraude a los derechos de terceros, trátese de acreedores o de herederos.

Indudablemente la convivencia matrimonial no es estática, tanto en lo personal como en lo económico puede enfrentar cambios que hagan necesaria la modificación de las normas que rigen la relación conyugal, bien que éstas se hayan pactado por las partes o bien las haya impuesto la ley, de modo tal que permitan que el matrimonio culmine sin litigios o, incluso, se sobreponga a una separación. Entonces si el Estado se empeña tanto en recalcar y proteger la función social del matrimonio, y me refiero aquí a mi país, no a ningún otro, resulta contradictorio que sus normas jurídicas impidan que los esposos tengan la opción de solventar alguna crisis mediante la modificación constante matrimonio de las normas por defecto o de la autorregulación previamente pactada; o que no puedan anticipar válidamente y eficazmente – por la vía convencional− las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial.[105]

Además, la posibilidad de pactar en capitulaciones la alteración del régimen conyugal o las consecuencias de una futura ruptura tiene otras consecuencias prácticas importantes, en cuanto puede redundar en un aumento en el número de cónyuges que otorgan capitulaciones matrimoniales, lo que a su vez podría reducir potencialmente las controversias de un inevitable divorcio. Pero, además, fuera del escenario de una crisis matrimonial o de un proceso de divorcio, el libre otorgamiento de capitulaciones, como hemos discutido, puede servir otros propósitos igualmente útiles relacionados, por ejemplo con la necesidad de poner a resguardo, por razones diversas, el patrimonio de uno de los cónyuges constante matrimonio y sus correspondientes efectos en caso de divorcio. Esto no tiene por qué estar reñido con la protección adecuada de los intereses de los terceros o de los acreedores; ni afectar la seguridad jurídica, pues ello es perfectamente compatible con un sistema que provea un adecuado régimen de

[105] Véase M. Antokolskaia, The search for a common core of divorce law: State intervention v. spouses' autonomy, en *The role of self-determination in the modernisation of family law in Europe 33*, Girona, Documenta Universitaria, 2006.

protección de publicidad registral. Y es en esas otras funciones del contrato capitular, además, que se inserta perfectamente la viabilidad del pacto en previsión de ruptura que venimos defendiendo en este trabajo.

Para atender adecuadamente la problemática planteada no bastaría que se aprobara hoy la Propuesta de 2007 para reformar el Código civil puertorriqueño, pues el reconocimiento de la autonomía de la voluntad conyugal no queda debidamente atendido con la posibilidad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales constante matrimonio, ni con la validación de la contratación entre cónyuges, cuestiones ambas que de por sí llegan asaz retrasadas al derecho matrimonial puertorriqueño. Es necesario además un reconocimiento de esa libertad en el contexto concreto de la anticipación convencional de las consecuencias personales y económicas de una eventual ruptura. Hay que reiterar, además, que ello cobra mayor trascendencia en el ordenamiento puertorriqueño vigente en cuanto este reconoce jurídicamente la disolución por divorcio por la voluntad libre y unilateral de cualquiera de los cónyuges –lo que no era posible hace apenas cuatro años−, e incluso sin la necesidad de un período mínimo de existencia del vínculo matrimonial.[106]

Las capitulaciones matrimoniales deben ser la figura que permita una regulación personalizada de la convivencia matrimonial, adecuada esta por los cónyuges al momento sociológico e histórico en el que se inserta su relación, y cuando digo histórico me refiero no sólo al contexto temporal sino a la historia misma de su vínculo matrimonial. La decisión de terminar esa comunidad de vida merece igual respeto que la decisión de iniciarla y de ahí deriva el respeto que debe darle la ley a la determinación de las partes de anticipar las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial en atención a sus necesidades y circunstancias particulares. En este contexto, creo que la siguiente cita de DÍEZ-PICAZO resume claramente la justificación de los planteamientos principales que hemos venido haciendo a lo largo de este trabajo, solo que para los propósitos que ahora le citamos, la referencia a la figura del convenio regulador debe entenderse hecha igualmente al pacto en previsión de ruptura matrimonial:

> "Por lo que al convenio regulador propiamente se refiere, hay que señalar que el poder que se reconoce a la voluntad de las partes no es

[106] La Ley enmendó el Artículo 96 del Código Civil de Puerto Rico, que en lo pertinente admite la disolución por divorcio a base de: "*La consignación de una ruptura irreparable de los nexos de convivencia matrimonial presentada individualmente*."

> consecuencia de un desinterés o de un abandono de las situaciones reguladas por parte del legislador. Lejos de ello, nos parece que se trata simplemente de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que aquellos otros que, distanciados, sólo podrían formular un juicio demasiado abstracto. Lo que no debe olvidarse, en el concreto punto en que nos movemos, es que la opción aquí no es entre la ley y el negocio, entre la *lex pública* y la *lex privata*. Me parece que es una opción distinta. Es la elección entre la reglamentación imperativa del juez y la consentida por las partes."[107]

A modo de epílogo de este capítulo quiero consignar que hace algún tiempo me topé con el testimonio de una abogada española que me impresionó mucho. Se trata de Doña María Telo Núñez, quien relató que su primera lectura del Código Civil español —como estudiante de Derecho en la Universidad de Salamanca— la dejó «horrorizada al comprobar que la mujer no pintaba nada de nada». Esta admirable jurista, merecedora de un Doctorado *Honoris Causa* a sus noventa y tres años por su lucha en favor de la igualdad de la mujer, afirma que cambiar el Código Civil «se le metió entre ceja y ceja», por lo que no detuvo su lucha hasta lograrlo.[108] En cambio, cuando yo leí el Código Civil por primera vez, también como estudiante de Derecho, afortunadamente ya la reprochable inferioridad jurídica de la mujer había sido superada en muchas de sus manifestaciones, al menos en la letra de la ley. Sin embargo, el Código Civil puertorriqueño conserva aún normas que reflejan dramáticas, injustificadas e innecesarias limitaciones a la autonomía de la voluntad conyugal, incluida la inmutabilidad capitular y la prohibición de contratación; por lo que tengo metido "*entre ceja y ceja*" la idea de que esos −y otros− anacronismos tienen que ser desplazados por un entramado normativo que armonice con la verdadera libertad de pacto que supone hablar de igualdad real entre los cónyuges. La referida Propuesta de 2007, según elaborada por la Comisión Revisora, es un ingente adelanto en esa dirección pero no es suficiente. Reitero que es necesario dar un paso adicional para que el ordenamiento jurídico puertorriqueño acoja con claridad y contundencia la posibilidad de que los cónyuges pacten anticipadamente las diversas consecuencias —patrimoniales y personales— de una futura ruptura matrimonial, según consideren más conveniente y en

[107] L. Díez-Picazo, La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1984, reproducido en Ensayos jurídicos, T. I, Navarra, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, página 1449.
[108] J. Andrés Rojo, *El País*, 26 de junio de 2008.

armonía con su visión compartida sobre las implicaciones de una eventual terminación de la vida en común.

# CONCLUSIONES

**PRIMERA**.- La libertad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales justifica la estructura normativa que en la actualidad ofrece el ordenamiento jurídico español para que los otorgantes puedan adscribirle un contenido regulatorio particular. Esa libertad está referida tanto al tiempo del otorgamiento del contrato capitular como a la posibilidad de estipulación o modificación del régimen económico matrimonial, o la determinación de un contenido más o menos amplio.

**SEGUNDA**.- Hay que considerar determinante el elenco de normas contenidas en las denominadas *Disposiciones Generales*, entendiendo que la intención legislativa fue la de darle vocación de generalidad, de modo tal que incidan en la libertad de pacto de los cónyuges en protección de una determinada valoración de la vida matrimonial considerada fundamental, y que la inmunicen contra los efectos de una dilatada voluntad privada de los contrayentes.

**TERCERA**.- El principio de libertad de pactos entre los cónyuges es una aplicación particular del principio general de autonomía de la voluntad privada en el ámbito de los negocios jurídicos de familia, primándose la voluntad de los sujetos más interesados en la cuestión, lo que resulta de mayor utilidad en un orden social que requiere, cada vez más, una mayor diversidad de esquemas regulatorios para atender más justamente las necesidades de distintos modelos familiares. El derecho de los cónyuges a decidir si han de normar sus relaciones matrimoniales en la esfera más amplia posible es corolario de un ejercicio libre y voluntario de esa facultad, dentro de los límites impuestos por la ley.

**CUARTA**.- Consideramos irrefutable que la libertad de contratación entre cónyuges y de transmisión de bienes y derechos por cualquier título es una exigencia ineludible del mandato constitucional de igualdad de los esposos preceptuado en la normativa

codificada como afluente del texto constitucional y, por ende, consecuencia obligada de su libertad e independencia.

**QUINTA**.- Los derechos y libertades constitucionales en el escenario de las relaciones jurídicas privadas son, ineludiblemente, el telón de fondo de cualquier discusión sobre el alcance de la autonomía de la voluntad porque el desarrollo constitucional español exige la relectura de los contornos de aquella a la luz éste. Ello no desmerece la *lex privata* como pilar del Derecho privado sino que impone la necesidad de examinarla al crisol de una perspectiva distinta, pues la regulación jurídica familiar no queda exenta de la necesidad de entender la articulación de la autonomía de la voluntad en armonía con los derechos y libertades constitucionalmente protegidos.

**SEXTA**.- La trascendencia de la autonomía privada en el campo matrimonial refleja que, si bien en algunas ocasiones las transformaciones sufridas en las relaciones y las situaciones familiares han tenido cauce en normas propias del Derecho de familia español, en otras la fuerza de los hechos no ha tenido, todavía, su reflejo normativo. Por ello es indispensable reclamar mayores manifestaciones de la voluntad privada en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares, principalmente como vehículo para viabilizar el acercamiento de posiciones potencialmente encontradas al surgir controversias que el ordenamiento vigente no necesariamente atiende de la forma más adecuada a las circunstancias particulares de los sujetos más interesados en la cuestión. De cara al futuro, esta tendencia seguirá en aumento pues es indiscutible que los modelos familiares no están congelados en el tiempo, sino que transmutan a través de éste. Por ende reclaman, más bien exigen, un radio mayor de aplicación para la autorregulación de las relaciones familiares, sobre todo en el ámbito concreto de las relaciones de pareja. De esta forma será menos probable que los hechos, como en tantas ocasiones ha sucedido, superen a la ley.

**SÉPTIMA.-** La demarcación del alcance concreto de la autonomía privada de los cónyuges requiere confrontar la difícil tarea de potenciar al máximo la libertad individual sin infringir otros valores igualmente fundamentales y por ende también protegidos constitucionalmente. En el contexto específico de la normativa reguladora del matrimonio, la libertad se desdobla como base del derecho del individuo al

autogobierno de su persona y de sus bienes al tiempo que se erige como límite en protección del ejercicio de esa misma libertad por parte de la otra persona que conforma la relación matrimonial.

**OCTAVA**.- Los límites a la facultad de autorregulación por vía del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en general y de los cónyuges en particular, hay que buscarlos, primero, en el texto constitucional, el mismo que da origen a los corolarios de igualdad y libertad en los que se que asienta la facultad de pactar, y en el Código Civil en todo lo referente al ámbito de aplicación de éste, como principal cuerpo rector de las relaciones jurídicas privadas. En materia de capitulaciones matrimoniales son de aplicación las referencias concretas a la ley, a la moral y al orden público como límites que derivan de lo dispuesto en el art. 1255 CC, con carácter general, así como de lo preceptuado más específicamente en sede capitular, por virtud de lo establecido en el art. 1328 al dictaminar la nulidad de cualquier estipulación contraria a la ley, a las buenas costumbres o a la igualdad de los cónyuges.

**NOVENA**.- La evolución del contrato capitular en el ordenamiento jurídico español consolidó su reconceptualización a partir de la introducción de la última frase del artículo 1325 CC en el sentido de que se puede estipular, modificar, o sustituir el régimen económico del matrimonio o cualesquiera otras disposiciones *por razón del mismo*. Precepto que hay que entender indisolublemente atado a la libertad de pacto que justifica una interpretación de amplio espectro; fundamentación que es cónsona con la necesidad de entender la finalidad del contrato capitular en función del período histórico en el que tiene vigencia y a la luz de una mirada sistémica del entramado jurídico en el que se inserta. En consecuencia los capítulos matrimoniales no tienen que contener siempre normas sobre régimen económico matrimonial, sin que ello comporte la negación de que, tradicionalmente, ha sido ese su contenido más típico.

**DÉCIMA**.- No hay una solución diáfana en el Derecho de familia español a todas las cuestiones que plantea la admisibilidad del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial como contenido capitular, pero el examen integrador de las múltiples normas que tienen tangencia con el asunto permiten aseverar que el artículo 1325 CC, en cuanto se refiere a "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo" es el núcleo a partir del cual

se justifica la inserción de los pactos entre cónyuges en previsión de ruptura como parte integrante de las capitulaciones matrimoniales y, en ocasiones, como contenido autónomo, pues la referencia del precepto debe entenderse hecha al matrimonio y no al régimen económico al que se le somete. Por ende, no es preciso esperar por la conceptualización de un nuevo negocio jurídico, o un nuevo tipo contractual, para estos pactos, puesto que caben dentro de las capitulaciones matrimoniales, como un acuerdo más de entre los varios que pueden celebrar los cónyuges, insertos en ese acuerdo capitular, acompañado - o no- de la decisión sobre el régimen económico que regirá el matrimonio.

**UNDÉCIMA**.- Al considerar como contenido posible de los capítulos los pactos en previsión de ruptura, debe mantenerse el requisito de escritura pública como garantía de formalidad de las capitulaciones matrimoniales y como garantía de formalidad de aquéllos; aun con autonomía suficiente, dado su contenido, el tratamiento de estos pactos en ese respecto no debe diferir de cualesquiera otros que los cónyuges pudiesen estipular. Es indudable que en tal esquema pudieran variarse las capitulaciones en lo relativo a la modificación (absoluta o parcial) del régimen económico sin alterar en extremo alguno los pactos y, a la inversa, pueden modificarse esos pactos sin que sufra alteración alguna el régimen económico del matrimonio, debiendo quedar dotados de plenos efectos que los inmunicen, en la mayor medida posible, del control judicial.

**DUODÉCIMA.-** La aceptación del pacto en previsión de ruptura matrimonial como contenido posible de las capitulaciones matrimoniales se justifica a través del reconocimiento de cambios en la funcionalidad de las capitulaciones matrimoniales, adscribiéndole otros designios que trascienden la estructuración de la economía matrimonial y ampliando su radio de acción para anticipar acuerdos que atiendan las situaciones inherentes a la disolución del vínculo matrimonial y su consecuente crisis familiar. La problemática mayor es la delimitación del alcance de la autonomía de la voluntad de los sujetos en algunos de esos pactos, aunque no hay que restarle trascendencia a la cuestión de la forma en la que se lleven a cabo.

**DECIMOTERCERA**.- Los pactos en previsión de ruptura como contenido del contrato capitular tienen naturaleza contractual, acercándose a otros acuerdos ampliamente

admitidos en materia familiar, siendo forzoso concluir que, en cuanto al contenido respecta, se pueden traslapar con el convenio regulador y con el acuerdo privado de separación de hecho, salvadas las diferencias en cuanto al momento de su formación y a la necesidad de homologación judicial del primero. Es, no obstante, deseable que el ordenamiento jurídico común español reconozca expresamente la admisibilidad de tal pacto, sin que ello comporte la desvalorización de alguna legislación autonómica que, bien de manera puntual o más genéricamente, alberga referencias a la posibilidad del pacto conyugal en previsión de crisis matrimonial.

**DECIMOCUARTA**.- En el derecho estadounidense no hay un acercamiento uniforme al reconocimiento normativo de los acuerdos conyugales en previsión de ruptura matrimonial, pero se advierten tendencias que permiten hacer ciertas generalizaciones sobre su naturaleza, validez y eficacia. Están conceptualizados como un contrato que debe cumplir con los requisitos comúnmente exigidos para los tipos contractuales, estando además sujetos a un escrutinio diferente para exigir mayores garantías de validez y eficacia, y limitando la autonomía de la voluntad de las partes a fin de proteger determinados principios de política pública en el ámbito de las relaciones matrimoniales.

**DECIMOQUINTA**.- La falta de uniformidad en el tratamiento del acuerdo en previsión de ruptura en el ordenamiento jurídico estadounidense estatal ha propiciado el desarrollo de importantes propuestas uniformadoras que convergen en el reconocimiento de un amplio espacio para el ejercicio de la autonomía privada de las partes. La versión más reciente de la Ley Uniforme de Acuerdos Prematrimoniales y Matrimoniales requiere el cumplimiento de determinadas garantías procedimentales para asegurar un consentimiento válido y reconoce un poco más de legitimidad a la alternativa legislativa de acoger la doctrina de *segunda mirada*. Así, permite un mayor escrutinio sustantivo de la eficacia del acuerdo si se han producido cambios materiales en las circunstancias a tal punto que el cumplimiento de lo pactado produciría un perjuicio sustancial a la parte impugnante.

**DECIMOSEXTA**.- La normativa puertorriqueña vigente en sede matrimonial limita la libertad de otorgamiento y de pacto, pues todavía se aferra al principio de inmutabilidad

capitular y a la prohibición de contratación entre cónyuges. Ello es incompatible no solo con valores constitucionales, sino también con la normativa codificada misma, que en otros contextos valora preferentemente la libertad individual y la igualdad, incluso en sede matrimonial.

**DECIMOSÉPTIMA**.- El debate sobre los límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes de las capitulaciones matrimoniales, no ha estado totalmente ausente en el debate doctrinal y jurisprudencial puertorriqueño, pero no ha tenido tanta trascendencia ni ha generado tanta discusión como en el Derecho español. Quizá se deba a que no se observa en la actualidad un ejercicio generalizado de la alternativa que tienen los futuros cónyuges de otorgar capitulaciones matrimoniales, lo que a su vez responde, entre otras razones a que no pueden hacerlo constante matrimonio. Pero, indudablemente, el enfoque normativo puertorriqueño está desgastado porque responde a un sustrato ideológico, social y económico pretérito. Los desarrollos legislativos en la disciplina jurídica matrimonial han evadido el asunto y los pronunciamientos jurisprudenciales tampoco han provisto una solución adecuada.

**DECIMOCTAVA**.- Las profundas y trascendentales modificaciones proyectadas en la Propuesta del año 2007 son asumibles y defendibles en la actualidad porque, entre otros extremos, permitirán que un reformado Código civil de Puerto Rico atienda adecuadamente el entramado normativo en el que se inserta el contrato capitular de modo que se conforme con las soluciones que demanda el momento actual. No obstante, su aprobación hoy, en los términos propuestos, no sería suficiente. Es necesario, como mínimo, que el esfuerzo reformador vaya un paso más adelante y acoja expresamente el pacto en previsión de ruptura matrimonial como contenido posible, incluso autónomo, de las capitulaciones matrimoniales. Por ende, como cuestión de *lege ferenda*, ello debería incorporarse en cualquier propuesta de Código civil puertorriqueño reformado, pues de lo contrario este nacería viejo.

## BIBLIOGRAFÍA


AGUADO RENEDO, Cesar, *Familia, Matrimonio y Constitución Española*, en *Derecho de Familia,* (coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2012.

AGUILAR RUIZ, Leonor, *Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja,* en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, España, 2014.

AGUILAR RUIZ, Leonor, *Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia* en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, (coord. Luis Díez-Picazo), T. 1, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014.

AGUILAR RUIZ, Leonor y HORNERO MÉNDEZ, César, *Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial*, RJN, 57, 2006.

AGUILAR RUIZ, Leonor, *Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad. Comentario a la SAP Cádiz 26 de julio de 2013*, núm. 33 RDP (2013).

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., *Curso de Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Civitas Madrid, 1988.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil* en *Derecho de Familia*, T. IV, 10ma ed., Edisofer, Madrid, 2006.

ALEJÁNDREZ PEÑA, Pedro y otros, *Del régimen económico matrimonial*, en *Comentarios al Código Civil*, (dir. Domínguez Luelmo, Andrés), Lex Nova, Valladolid, mayo 2010.

ALLUEVA AZNAR, Laura, *Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial*, InDret, Barcelona, enero 2013.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan, *Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, RDN, abril-junio, 1981, pág. 7 y ss.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution, Analysis and Recommendations*, Editorial American Law Institute Publishers, St. Paul, MN, 2002.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975,* Vol. II, Tecnos, Madrid, 1977.

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

ANDERSON, Miriam, *Comentario a Sentencia de 31 de marzo de 2011 RJ 2158/2001*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 88, 2012.

ANDERSON, Miriam, *Los acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial: la reforma catalana de 2010 en contraste con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, 83 Rev. Jur. U.P.R. 599 (2014).

ANGUITA VILLANUEVA, Luis A, *Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española*, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, 273 (J.J. RAMS ALBESA, director y coordinador), Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2009.

ANTOKOLSKAIA, Masha, *The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy*, en *The role of self determination in the modernization of family law in Europe*, Documenta Universitaria, Girona, 2006.

ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *Concepto y función social del matrimonio, en Derecho de familia,* (Coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012.

AREEN, J., SPINDELMAN, M., y TSOUKALA, P., Family Law, 6ta Ed., Editorial Foundation Press, New York, 2012.

ATWOOD, Barbara & BIX, Brian, *A New Uniform Law for Premarital and Marital Agreements*, Fam. L. Q. 46, 2012.

ATWOOD, Barbara, *Ten Years Later: Lingering Concerns about the Uniform Premarital Agreement Act*, J. Legis. 19, 1993.

ATWOOD, Barbara A., *Marital Contracts and the Meaning of Marriage*, 54 Ariz. L. Rev. 11, 2012.

ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, *El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil*, en RCDI, Núm. 547, noviembre-diciembre ,1981.

AVILES GARCÍA, Javier, *Libertad e igualdad en la nueva sociedad de gananciales*, Editorial Montecorvo, S.A, Madrid, 1992.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Disposiciones Generales* en *El Régimen Económico del Matrimonio (Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial),* (coord. Joaquín Rams Albesa, Juan Antonio Moreno Martínez) Dykinson, S.L., Madrid, 2005.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1997.

BLASCO GASCÓ, Francisco, *Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros*, en ADC, abril-junio 1993, pp. 606 y ss.

BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo, *Equívocos sobre las Capitulaciones Matrimoniales*, 67 Rev. Col. Abog. P.R. 109, 2006.

BRAVO BOSCH, María José, *El régimen patrimonial del matrimonio en Galicia*, en *Derecho de Familia*, (coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, Ed., 2012.

BROOKER, Elizabeth, *Challenging, Modifying, and Enforcing Agreements*, DMC Fl CLE 6-1, 2010.

BROWN, Loren y SHOAF, Jena, *Twelfth Annual review of Gender and Sexuality Law: Family law chapter: Marriage and Divorce*, 12 Geo. J. Gender & L. 493, 2011.

CABÁN VALES, Pedro Juan, *Los pactos en previsión de crisis matrimoniales y la renuncia anticipada a pensiones postdivorcio: Estudio comparado entre España y Estados Unidos*, 45 Rev. Jur. U.I.P.R.,141, 2011.

CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las capitulaciones matrimoniales*, en *Derecho de familia*, (coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentario del Código Civil*, (dir. Paz-Ares Rodríguez, Cándido y otros) T. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Los sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial*, RDR, 1986, pág. 43 y ss.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial según el Código civil*, en *Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, Vol. V, Madrid, 1988, pág. 83 y ss.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, ADC, Vol. 47, Núm. 2, abril-junio 1994, pág. 115 y ss.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Pactos preventivos sobre la pensión compensatoria*, en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?* Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Núm 18/2004, Pamplona, 2004.

CAHIL, Courtney Megan, *Regulating at the margins: Non-traditional kinship and the legal regulation of intimate and family life*, 54 Ariz. L. Rev. 43, 2012.

CASTÁN TOBENAS, José, *En torno al Derecho civil de Puerto Rico*, 26 Rev. Jur. U.P.R. 7, 1956.

CASTILLA BAREA, Margarita, *Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio* (I), en *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol.II, (Coord. Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuena Casas, Matilde.) Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge, *La ineficacia de los pactos en previsión de ruptura conyugal ante el cambio sobrevenido de circunstancias*, en *Questions actuals del dret català de la persona i de la família: Materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa. Documenta Universitaria, Girona, 605-615 (2013).*

CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge, *Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014*, InDret 4/2014.

CERDA GIMENO, José, *Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981*, en *Estudios sobre Derecho de familia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *Matrimonio y Constitución (Presente y Posible Futuro)*, Colección Derecho Español Contemporáneo, Editorial REUS, Madrid, 2013.

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

CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de familia de Cataluña y en el Derecho norteamericano*, DL, Núm. 8011, 2013.

CLEMENTE MEORO, Mario, *El Régimen Económico Matrimonial*, en *Derecho de familia*, (coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012.

COLLANTES DE TERAN DE LA HERA, María José, *Comunidad de gananciales y capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, Núm. 69, 1999.

*COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3ª ed., Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2009.

COMISIÓN CONJUNTA PERMANENTE PARA LA REVISIÓN Y REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, *Criterios Orientadores que Guiarán el Proceso de Revisión del Código Civil de Puerto Rico*, 1998, Biblioteca de la Oficina de Servicios Legislativos de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico.

COMISIÓN CONJUNTA PERMANENTE PARA LA REVISIÓN Y REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, *Borrador del Libro Segundo sobre las Instituciones Familiares*, 2007, Biblioteca de la Oficina de Servicios Legislativos de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico.

CONGRESO DE DERECHO CIVIL, *Derecho de contratos,* Rev. Col Abog. P.R. Núm., 1 59(2) 1998.

CORTES GENERALES, *Trabajos Parlamentarios: Código Civil (Reformas 1978-1983*), Vol. I, Gabinete de Publicaciones del Congreso de los Diputados, Secretaría General. Madrid, 1984.

CRUZ JIMÉNEZ, Olga y HOSTA, Magali, *La nueva legislación que rige la sociedad legal de gananciales,* 37 Rev. Col. Abog. P.R. 701, 1976.

CRUZ JIMÉNEZ, Olga, *Cómo discriminan las leyes contra la mujer puertorriqueña,* 37 Rev. Col. Abog. P.R. 469, 1976.

CUADRADO PÉREZ, Carlos, *El Régimen Económico Matrimonial. Disposiciones Generales*, en *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol.III, (Coord. Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuena Casas, Matilde.) Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

CURRY, AMBERLYNN, *The Uniform Premarital Agreement Act and Its Variations Through the States*, 23 J. Am. Acad. Matrim. Law. 355, 2010.

CUTILLAS TORNS, José M, *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias,* RGD, Valencia, 2000.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*. Editorial Aranzadi, Madrid, 1985.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes*, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* 117, (J.J. RAMS ALBESA, director y coordinador), Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2009.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *En torno a la llamada pensión compensatoria del Art. 97 del Código Civil*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero 123*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *La Autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia*, Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1986, mayo, pág. 5 y ss.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *La Separación de hecho y la sociedad de gananciales*, A.D.C., 1969, pág. 3 y ss.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, *Pactos prenupciales y determinaciones de la residencia habitual,* RCDI, Núm. 747, 2015, p. 371 y ss.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, *Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador,* RCDI, Núm. 730, 2012, p. 987 y ss.

DE LOS MOZOS, José Luis, *La reforma del derecho de familia, en España, hoy*, Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981.

DE LOS MOZOS, José Luis, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales (artículos 1315-1343),* (Dir. Albaladejo, Manuel) Vol. I, T. XVIII, 2da ed., Editorial RDP, Madrid, 1982.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Curso de Derecho civil*, Vol. I, 2da.Ed., Editorial Colex, Madrid, 2001.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Curso de Derecho civil*, Vol. IV, 3ra Ed., Editorial Colex, Madrid, 2011.

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, *Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte*, en *Derecho de sucesiones: presente y futuro: Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, Murcia, 2006.

DIAGO DIAGO, María del Pilar, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza,1999.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil IV*, 10ma Edición, Editorial Técnos, Madrid, 2007.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *El Negocio Jurídico del Derecho de Familia*, RGLJ, (enero-junio), 1962, págs. 771 y ss.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho civil IV*, 9na Ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Codificación, descodificación y recodificación*, XLV ADC 473 abril-junio, 1992

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia*, en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1984, reproducido en *Ensayos jurídicos*, T. I, Ed. Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Familia y Derecho, en Familia y Derecho,* Editorial Civitas, Madrid, 1984, reproducido en *Ensayos jurídicos*, T. I, Ed. Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Comentario del Código civil*, (dir. Paz-Ares Rodríguez, Cándido y otros) Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, T. II, Madrid, 1993.

DURÁN RIVACOBA, Ramón, *La capacidad en las capitulaciones matrimoniales*, en ADC, enero- marzo, 1991, pág. 97 y ss.

ELLMAN, Ira, *Marital Agreements and Private Autonomy in the United States, en Marital agreements and private autonomy in a comparative perspective,* Hart Publishing, Oxford, 2012.

EGEA FERNANDEZ, Joan. *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial, Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Diez-Picazo, T.*III, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

*ENCUENTRO REFLEXIVO SOBRE EL DERECHO CIVIL EN PUERTO RICO 1898-1998*, 59 (3-4) Rev. Col. Abog. P.R. 1, 1998.

*ESTATE PLANNING: CURRENT DEVELOPMENTS AND HOT TOPICS,* CV004 ALI-ABA 217, 347 (2013).

FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J., *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial)* (Coords. Juan Moreno Martínez, Joaquín Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2005.

FERRER RIBA, Josep, *Marital agreements and private autonomy in Spain*, en *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, (Jens M. Scherpe, ed.) Hart Publishing, Oxford, 2012.

FERNÁNDEZ CABALEIRO, Eugenio, *El régimen económico- matrimonial legal en Europa,* Editorial Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1969.

FIGUEROA TORRES, Marta, *Crónica de una Ruta Adelantada: Los Borradores del Código Civil de Puerto Rico*, 40 Rev. Jur. U.I.P.R. 419, 2006.

FIGUEROA TORRES, Marta, *Crónica de una Ruta Iniciada: El Proceso de Revisión del Código Civil de Puerto Rico*, 35 Rev. Jur. U.I.P.R. 491, 2001.

FIGUEROA TORRES, Marta, *Recodification of Civil Law in Puerto Rico: A Quixotic Pursuit of the Civil Code for the New Millenium*, XXIII TECLF 325, 2008.

FIELDS, Jonathan E., *Forbidden Provisions in Prenuptial Agreements: Legal and Practical Considerations for the Matrimonial Lawyer*, 21 J. Am. Acad. Matrim. Law. 413, 2008.

FIOL MATTA, Liana, *Civil Law and Common Law in the Legal Method of Puerto Rico*, 50 AM. J. COMP. L. 783, 1992.

FIOL MATTA, Liana, *Civil Law and Common Law in the Legal Method of Puerto Rico: Anomalies and Contradictions in Legal Discourse*, 24 CAP. U.L. Rev. 153, 1995.

FIOL MATTA, Liana, *El Control del Texto: Método Jurídico y Transculturación*, 68 Rev. Jur. U.P.R. 803, 1999.

FRATICELLI TORRES, Migdalia, *Hacia un nuevo Derecho de familia*, 59 Rev. Col. Abog. P.R. 229, 1998.

FRATICELLI TORRES, Migdalia, *Examen Crítico y Nuevas Perspectivas del Régimen Patrimonial o Económico del Matrimonio*, 63 Rev. Col. Abog. P.R. 21, 2002.

FRATICELLI TORRES, Migdalia, *Un nuevo acercamiento a los regímenes económicos del matrimonio: La sociedad legal de gananciales en el Derecho puertorriqueño*, 29 Rev. Jur. U.I.A. 413, 1995; republicado en 39 Rev. Jur. U.I.A. 113, 2004.

FRATICELLI TORRES, Migdalia, *Estudio preparatorio sobre Derecho de la persona y la familia* para la *Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico*, Biblioteca de la Oficina de Servicios Legislativos de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico, 1999.

FRUMKES, Melvyn B. y TISOAL, *Christopher, Probable problematic pitfalls in preparing prenuptial agreements*, 79 Fl. B. J. 37, 2005.

GALLEGO VEGA, José Ángel, *Autonomía de la voluntad frente a seguridad jurídica*, en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, página 83 y ss.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil Español*, (Madrid, 1852) Reimpresión, Zaragoza, 1974.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *Acuerdos Prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar*, Documenta Universitaria, Universidad de Girona, 2004.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil*, 56 ADC 1653, 2003.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *Precautionary Agreements on the Economic Consequences of Matrimonial Crisis: Are They Lawful Under Spanish Law?* En *The Role of Self Determination in the Modernization of Family Law in Europe 89*, Documenta Universitaria, Girona, 2006.

GARRIDO DE PALMA, Víctor M., *La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial*, en *Instituciones de Derecho privado*, (Coord. Juan Francisco Delgado De Miguel), T. IV. Vol. 1, Civitas, Madrid, 2001.

GARRIDO DE PALMA, Víctor M., *El matrimonio y su régimen económico*, en *El nuevo Derecho de familia español*, Reus, Madrid, 1982.

GARRIDO DE PALMA, Víctor M., *Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975*, RDN, XCIII-XCIV, julio-diciembre 1976, págs. 58 y ss.

GASPAR LERA, Silvia, *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés*, InDret 3/2012, Barcelona.

GASPAR LERA, Silvia, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad*, ADC, Tomo LXIV, 2011.

GAYA SICILIA, Regina, *Pasado, presente y futuro del Código Civil de Puerto Rico, en Homenaje al profesor Luis Puig. I. Ferrol 1434,* (Coord. Joan Manuel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llarí) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia,* Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

GIL AYALA, Carlos, *La presencia del "otro" en las fuentes materiales del Derecho: Henry Carroll y el Derecho de Familia puertorriqueño,* 36 Rev. Jur. U.I.P.R. 457, 2002.

GIMÉNEZ DUART, Tomás, *La Organización Económica del Matrimonio tras la Reforma de 13 de mayo de 1981*, R.D.N. 1981, p. 73 y ss.

GINÉS CASTELLET, Núria, Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña, RCDI, Núm 727, 2011, p. 2577 y ss.

GINES CASTELLET, Núria, *Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Derecho civil de Cataluña*, 83 Rev. Jur. UPR 559 (2014).

GÓMEZ-FERRER SAPINA, Rafael, *Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico matrimonial en el Código civil*, RCDI, 1978, p. 493 y ss.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, *Acuerdos y contratos prematrimoniales (I),* Boletín de Derecho de Familia, Núm 81, 2008, p. 9 y ss.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, *Acuerdos y contratos prematrimoniales (II),* Boletín de Derecho de Familia, Núm. 82, 2008, p. 1 y ss.

GONZÁLEZ DEGRÓ, Leida, Inmutabilidad de las capitulaciones en el Código civil de Puerto Rico: anacronismo injustificado, 36 Rev. Der. P. R. 267

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel, *El Régimen económico matrimonial en el Código civil: una revisión crítica veinticinco años después, en El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006 (dir. José María Navarro Viñuales), pág. 49.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio*, Editorial Lex Nova, Madrid, (dir. Vicente Guilarte Gutiérrez), 2005.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Del régimen económico matrimonial* en *Código civil: Doctrina y jurisprudencia*, (dir. José Luis Albácar López) Editorial Trivium, Madrid, 1995.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, I Rev. Gen. L. J. 1977, pág. 81.

HALLORAN McLaughlin, *Premarital agreements and choice of law: "One, two, three, baby, you and me",* 72 Mo. L. Rev. 793, 2007.

HERRERO GARCÍA, María José, *Comentario del Código civil,* T. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

HORNERO MÉNDEZ, César y AGUILAR RUIZ, Leonor, *Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial*, RJN 57, 2006, págs. 9-44.

HOSTA DE GUZMÁN, Magaly, *La situación jurídica de la mujer puertorriqueña dentro del régimen de la sociedad de gananciales*, 36 Rev. Col. Abog. P.R. 743, 1975.

HUALDE MANSO, Teresa. *La familia en el Derecho Civil de Navarra*, en *Tratado de Derecho de la Familia: La familia en los distintos Derechos Forales*, (Mariano Izquieldo Tolsada y Matilde Cuena Casas, dirs.) Vol. VII, Cizur Menor, Navarra, Ed. Aranzadi, 2011.

JARILLO GÓMEZ, Juan Luis. *Los regímenes económico-matrimoniales en España*, Librería Técnica Bellisco, Madrid, 2011.

KENNEDY, Sandra, *Ignorance Is Not Bliss: Why States Should Adopt California's Independent Counsel Requirement for the Enforceability of Prenuptial Agreements,* 52 Fam. Ct. Rev. 709 (2014).

LABADIE JACKSON, Glenda, Reflexiones acerca de la libertad de contratación en el Derecho de Familia moderno: Análisis comparado, 83 Rev. Jur. U.P.R. 535 (2014).

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *El Matrimonio y su economía*, Editorial Civitas, Madrid, 1963. (Reimpresión de 2011)

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil IV, Familia,* 4ta ed., Dykinson, Madrid, 2010.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *El nuevo Derecho civil de la mujer casada*, Civitas, Madrid, 1975.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Nota Preliminar* (publicada en la reimpresión de la edición de Madrid, 1852, de la obra de García Goyena, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza), 1974.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Capítulos matrimoniales y estipulación capitular* en *Centenario de la Ley del Notariado*, Reus, Madrid, 1962.

LAMARCA I MARQUÉS, *Albert;* FARNÓS AMORÓS, Esther; AZAGRA MALO, Albert y ARTIGOT I GOLOBARDES, Mireia. *Separate property and family self-determination in Catalonia: a changing model?, en The role of self determination of family law in Europe 107*, Documenta Universitaria, Girona, 2006.

LAMARCA I MARQUÉS, *Albert;* FARNÓS AMORÓS, Esther; AZAGRA MALO, Albert y ARTIGOT I GOLOBARDES, Mireia, *Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?*, InDret 4/2003, Barcelona.

LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*, T. IV, Vol. 2do, Ministerio de Justicia, 1970, pág. 321-496.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, T. VI, 6 ed., Marcial Pons, Madrid, 2007.

LERENA, María Eugenia, *Régimen Económico Matrimonial* (Colección Jurisprudencia: Familia), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

LETE DEL RÍO, José Manuel y ALVAREZ CAPEROCHIPI, Juan Antonio: *Notas sobre la mutabilidad del régimen económico matrimonial en el Derecho común*, RDP, 1977, pág. 163-195.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *Autonomía de la voluntad, poder público y orden constitucional*, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, (coord. Lorenzo Pratts Albentosa), Wolters Kluwer, España, Vol. I, 2012.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco y FERRER VANRELL, María Pilar, *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

LLOPIS GINER, Juan Manuel, *Un régimen económico para cada matrimonio: el ejercicio de la libertad*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, T. III, Madrid, 2003, p. 4727 y ss.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, *Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación de bienes y los derechos de los acreedores*, RCDI, 1982.

MARCO MOLINA, Juana, *Los regímenes económicos matrimoniales en el Derecho Civil de Cataluña*, en *Tratado de Derecho de la Familia: La familia en los distintos Derechos Forales*, (Mariano Izquieldo Tolsada y Matilde Cuena Casas, dirs.) Vol. VII, Cizur Menor, Navarra, Ed. Aranzadi, 2011.

MARTIN CASALS, Miquel, *El derecho a la "convivencia anómica" en pareja: ¿Un nuevo derecho fundamental?* Revista para el análisis del Derecho, Barcelona 2013.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GOMÉZ, Luis, *Libertad de contratación entre cónyuges*, en *Comentario del Código Civil*, (coord. Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio), Editorial Bosch, Barcelona, 2006.

MARTÍNEZ CALVO, José Javier, *Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el ordenamiento jurídico español*, Revista de Investigación Jurídica, Vol. VI, 2013.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Comentarios del nuevo artículo 97 del Código civil*, en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio*, Editorial Lex Nova, Madrid, (dir. Vicente Guilarte Gutiérrez), 2005.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Las capitulaciones matrimoniales*, en *Tratado de Derecho de la Familia*, (coord. Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuena Casas, Matilde), Vol. III (I), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en Derecho catalán*, RJC, número 2, 2011, pág. 352 y ss.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *Pactos prematrimoniales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, (coord. Luís Díez-Picazo), T. I, , Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pág. 1872, (2014).

MARTÍNEZ, Sara, *Régimen Económico Matrimonial* (Colección Jurisprudencia: Familia), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

*Marriage As Contract and Marriage As Partnership: The Future of Antenuptial Agreement Law*, 116 Harv. L. Rev. 2075, 2003.

MEANS, Benjamin, The Contractual Foundation of Family-Business Law, 75 Ohio St. L.J. 675 (2014).

MEDINA ALCOZ, María, *Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del Derecho civil común en Cuestiones actuales de Derecho de familia*, Editorial La Ley, Madrid, 2013.

MERCING, S. Christine, *The Uniform Premarital Agreement Act: Survey of its Impact in Texas and Across the Nation*, 42 Baylor L. Rev. 825, 1990.

MONTSERRAT VALERO, Antoni, *Pactos en prevision de una ruptura de la convivencia*, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (coords. Barrada Orellana, Reyes; Garrido Melero, Martín y Nasarre Aznar, Sergio), Bosch, Barcelona, 2011.

MORENO FLÓREZ, Rosa María, *Acto constitutivo de la adopción*, Editorial Colex, Madrid, 1985.

MORENO FLÓREZ, Rosa María, *Acogimiento Familiar*, Editorial Dykinson, Madrid, 2012.

MORENO VELASCO, Víctor, *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2013.

MORENO VELASCO, Víctor, *La validez de los acuerdos prematrimoniales*, Diario La Ley, núm. 7049, 5 de noviembre de 2008.

MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa, *Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales*, 634 RCDI 849, 1996.

MORGAN, Laura, *Attacking and defending marital agreements*, 2da Ed., ABA Publishing, Chicago, IL, 2012.

MUÑIZ ESPADA, Esther, *El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario*, RJN, Núm. 44, 2002, pág. 187-216.

MUÑOZ MORALES, Luis, *El Código Civil de Puerto Rico: Breve Reseña Histórica (I)*, 1 Rev. Jur. U.P.R. 75, 1932.

MUÑOZ MORALES, Luis, *El Código Civil de Puerto Rico: Breve Reseña Histórica (II)*, 2 Rev. Jur. U.P.R. 9, 1933.

MUÑOZ MORALES, Luis, *Anotaciones al Código Civil de Puerto Rico: Libro III*, Centro Fernández & Co. Inc., San Juan, 1939.

MUÑOZ MORALES, Luis, *Reseña histórica y anotación al Código Civil de Puerto Rico*, Junta Editora de la Universidad de Puerto Rico, 1947.

MUÑOZ MORALES, Luis, *Compendio de legislación puertorriqueña y sus precedentes*, Junta Editora de la Universidad de Puerto Rico, 1948.

MUÑOZ MORALES, Luis, *Enmiendas al Código Civil de Puerto Rico Posteriores al 1930*, 13 Rev. Col. Abog. P.R. 4, 1950.

NAVARRO VIÑUALES, José María, La tendencia desjudicializadora en el nuevo derecho de familia, *en El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006 (dir. José María Navarro Viñuales), pág. 49.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil, comentado y con jurisprudencia*, (coord. Grupo Wolters Kluwer), 7ma ed., Editorial La Ley, Madrid, 2012.

OLDHAM, J. Thomas, *With All My Worldly Goods I Thee Endow, or Maybe Not: A Reevaluation of the Uniform Premarital Agreement Act After Three Decades*, 19 Duke J. Gender L. & Pol'y 83, 2011.

OLDHAM, J. Thomas, *Would Enactment of the Uniform Premarital and Marital Agreemens Act in All Fifty States Change U.S. Law Regarding Premarital Agreements?* 46 Fam. L.Q. 367, 2012.

OLDHAM, J. Thomas, *What if the Beckhams move to L.A. and divorce? Marital property rights of mobile spouses when they divorce in the United States*, 42 Fam. L.Q. 263, 2008.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia*, en Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, (coord. Lorenzo Pratts Albentosa), Vol. I, Wolters Kluwer, España, 2012, págs. 97-454.

PARNESS, J. A., *Parentage Prenups and Midnups*, 31 Ga. St. U. L. Rev. (2015).

PASTOR VITA, Francisco J., *La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales*, RDF, 2003, p. 25 y ss.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido y otros (Director), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

PAZ ARES, Ignacio, *Previsiones capitulares*, en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares*, *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Dykinson, Madrid, 2008.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *El anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Colegios Notariales de España, Ed., Madrid. 1965. (Reimpreso en 2006).

PEREZ HEREZA, Juan, *La Autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales*, 48 AAMN 547, 2007-2008.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Regímenes económicos matrimoniales; Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, V. I, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Regímenes económicos matrimoniales; Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, V. II, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009.

PÉREZ SANZ, Antonio, *Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales*, AAMN, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1985, págs. 7-34.

PICÓ VIDAL, Isabel, *Sentido y alcance de la reforma de la administración de los bienes gananciales*, 18 Rev. Jur. U.I.P.R. 241, 1984.

PICÓ VIDAL, Isabel, *Derecho de Familia y cambio social: una interpretación histórico-social de la reforma de la administración de los bienes gananciales*, 55 Rev. Jur. U.P.R. 537, 1985.

PINTO ANDRADE, Cristóbal, *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, Bases de la nueva regulación del derecho matrimonial español, *en El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006 (dir. José María Navarro Viñuales), pág. 49.

PUIG PEÑA, Federico, *Fundamentos de Derecho civil, I, V, Familia, Matrimonio, Divorcio, Filiación, Patria Potestad y Tutela*, Barcelona, 1985.

QUILEZ ESTREMERA, Martín A., *La libertad capitular y los artículos 1328, 1320 y otros del Código civil*, RCDI, marzo-abril, 1982.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales*, Centenario del Código civil, Asociación de profesores de Derecho Civil, Vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

RAMÍREZ ORTIZ, Juan Carlos, *Capitulaciones matrimoniales: Un análisis sobre la eficacia y validez de las cláusulas en las que se determina la religión en que se habrá de educar a los hijos*, 83 Rev. Jur. U.P.R. 485, 2014.

RAMOS BUONOMO, Ivette, *Derecho de Familia*, 65 Rev. Jur. U.P.R 881, 1996.

RAMS ALBESA, Joaquín J. y MORENO MARTÍNEZ, Juan A., *El régimen económico del matrimonio* (*Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, (coord.. Rams Albesa, J. J., Y Moreno Martínez, Juan A.), Dykinson, S.L., Madrid, 2005.

RAMS ALBESA, Joaquín J., *La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales*, en *La autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, 25 (Rams Albesa, J.J. (director y coordinador), Dykinson, S.L., Madrid, 2009.

RAMS ALBESA, Joaquín J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

RAMS ALBESA, Joaquín J. y LACRUZ BERDEJO, José L. *Elementos de Derecho Civil IV*, Familia, 4ta edición, Dykinson, Madrid, 2010. (Revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA).

RAMS ALBESA, Joaquín J., *Las deudas de la herencia: una vieja cuestión pendiente*, en *Derecho de Sucesiones: Presente y futuro: XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, España, Eds., 2006.

RAVDIN, Linda J., *Premarital Agreements Drafting and Negotiation*, Editorial ABA Publishing, Chicago, IL, 2011.

RAVDIN, Linda, *Premarital Agreements and the Migratory Same-Sex Couple*, 48 Fam. L.Q. 397 (2014).

RAVDIN, Linda, *Factor Premarital Agreements and Divorce Into Estate Plans, Estate Planning*, 41 Estpln 15 (2014).

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña), en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. 1, Thomson Civitas, 2008.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *El régimen económico matrimonial en el Derecho civil de Galicia*, en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, (Lledó Yagüé, Francisco y Ferrer Vanrell, M., dirs.), Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

RIBERA BLANES, Begoña, en *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: Especial Consideración de la Doctrina Jurisprudencial)* 824 (coord. RAMS ALBESA, J. J., y MORENO MARTÍNEZ, Juan A.), Dykinson, S.L., Madrid, 2005.

RIVERA RAMOS, Efrén, *The Legal Construction of Identity: The Judicial and Social Legacy of American Colonialism in Puerto Rico*, 2001.

RIVERA RIVERA, Olga, *La mujer y el cuerpo femenino en La perfecta casada de Fray Luis de León*, Editorial Juan de la Cuesta Hispanic Monographs, Delaware, 2006.

ROCA TRIAS, Encarnación, *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis*, en *Homenaje al Profesor Lluis Puig i Ferriol*, (coords. ABRIL CAMPOY, J.M. Y AMAT i LLARI, M.E.), T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ROCA TRÍAS, Encarnación, *Libertad y familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

RODRÍGUEZ RAMOS, Manuel, *Breve historia de los códigos puertorriqueños,* 19 Rev. Jur. U.P.R. 233, 1950.

RODRÍGUEZ RAMOS, Manuel, *Interaction of Civil Law and Anglo-American Law in the Legal Method of Puerto Rico*, 23 Tul. L. Rev. 1, 20, 1948.

ROJO RAMÍREZ, José Andrés, *Se me metió entre ceja y ceja cambiar el Código Civil*, Diario "El País", 26 de junio de 2008.

ROMÁN GARCIA, Antonio M., *Eficacia de los regímenes económico matrimoniales: tipicidad y atipicidad en el establecimiento de los pactos*, en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez,* Editorial La Ley, Madrid, 2006, p. 681 y ss.

ROY, Robert, *Modern status of views as to validity of premarital agreements contemplating divorce or separation*, 53 A.L.R. 4th 22, 1987.

RUBIO SAN ROMÁN, José I, *El régimen matrimonial primario*, 31 Rev. Jur. U.I.P.R. 447, 1997.

RUEDA PEREZ, Manuel Ángel y RUEDA PEREZ, José María, *Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la Sociedad de Gananciales tras la reforma del Código civil*, en R.D.P., junio 1982.

SALTER, David, BUTRUILLE-CARDEW, Charlotte y GRANT, Stephen, *International Pre-Nuptial and Post-Nuptial Agreements*, Jordan Publishing Ltd, Bristol, GB, 2011.

SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, *Regímenes económicos regulados en nuestro derecho positivo*, en *Curso de Derecho civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, 4ta Ed., (coord. Sánchez Calero, Francisco Javier) Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

SANZ FERNÁNDEZ, Ángel, *La situación de la mujer casada en Derecho civil*, en *Libro-Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. II.

SCHERPE, Jens M. (editor), *Marital agreements and private autonomy in a comparative perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

SCHERPE, Jens M., *Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino,* InDret 2/2012, Barcelona.

*Seminario Conmemorativo del Centenario del Código Civil de Puerto Rico*, 52 Rev. Col. Abog. P.R. 1, 1991.

SERRANO GEYLS, Raúl, *Derecho de Familia de Puerto Rico y legislación comparada*, Vols. I y II, Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan, 1997 y 2002.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. *Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña*, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (coords. Barrada Orellana, Reyes; Garrido Melero, Martín y Nasarre Aznar, Sergio), Bosch, Barcelona, 2011.

SHAHEN YAMHURE, Patricia, *La equiparación jurídica de los cónyuges en la gestión de los bienes matrimoniales*, 43 Rev. Jur. U.P.R. 41, 1974.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio y otros, *Comentario del Código Civil*, T. 7, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

*SIMPOSIO SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE PUERTO RICO*, 52 Rev. Jur. U.P.R. 141 1983.

TORRALBA SORIANO, Vicente, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1977.

TORRES LANA, José Ángel, *Código Civil; Doctrina y Jurisprudencia*, (dir. Albácar López, José Luis), T. IV, Editorial Trivium, Madrid, 1991.

TRÍAS MONGE, José, *Consideraciones sobre la reforma del Código Civil de Puerto Rico*, 52 Rev. Jur. U.P.R. 143, 1983.

TRÍAS MONGE, José, *El choque de dos culturas jurídicas en Puerto Rico,* Equity Publishing, Co., New Hampshire, 1991.

TRÍAS MONGE, José, *Los Derechos de la mujer,* 44 Rev. Col. Ab. 43, 1983.

TUR FÁUNDEZ, María Nélida, *La familia en el Derecho Civil de Baleares*, en *Tratado de Derecho de la Familia*, (Mariano Izquieldo Tolsada y Matilde Cuena Casas dirs.) V. VII, Cizur Menor, Navarra, Ed. Aranzadi, 2011.

TURNER, Brett, *Attacking and defending marital agreements*, 2da ed., Editorial ABA Publishing, Chicago, IL, 2012.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Las capitulaciones matrimoniales constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna*, Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1986.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *El derecho de representación*, en *Derecho De Sucesiones: Presente y Futuro: XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, España, Eds., 2006.

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, *Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho Privado Puertorriqueño*, T. II, Equity Publishing, Co., New Hampshire, 1992.

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, *Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho Privado Puertorriqueño*, T. XI, Equity Publishing, Co,. New Hampshire, 1993.

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, *Reforma del Derecho de Familia: Avance de un juicio crítico*, 61 Rev. Der. Prtño. 13, 1976.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Régimen Económico del Matrimonio*, Ed. Edersa, Madrid, 1982.

YAÑEZ VIVERO, Fátima, *El cambio de régimen económico matrimonial en fraude de acreedores en Suiza y España: análisis comparativo, Actualidad civil*, Nº 2, 2002.

YOUNGER, Judith, *Lovers' Contracts in the Courts: Forsaking the Minimum Decencies*, 13 WM. & Mary J. Women & L. 349, 2007.

YOUNGER, Judith, *Antenuptial Agreements*, 28 Wm. Mitchell L. Rev 697, 2001.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Acuerdos prematrimoniales: hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal*, Economist & Iurist, Año XVI, marzo 2008.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Pactos prenupciales*, en *Derecho de familia y de la persona*, T. IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2007.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Regímenes económicos matrimoniales*, en *Derecho de familia y de la persona*, T. V, Editorial Bosch, Barcelona, 2007.

## RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA

### ESPAÑA

STC de 6 de noviembre de 2012 (RTC 2012/198)

STC de 17 octubre de 2012 (RTC 2012/185)

STC de 2 de diciembre de 2010 (RTC 2010/133)

STC de 20 mayo de 2002 (RTC 2002/124)

STC de 29 mayo de 2000 (RTC 2000/141)

STC de 10 de diciembre de 1984 (RTC 1984/120)

SAP de Cádiz de 26 de julio de 2013 (JUR/2013/331848)

SAP de Cádiz de 25 de junio de 2013 (JUR/2007/357882)

SAP de Murcia de 18 de julio de 2013 (JUR 2013\275591)

SAP de Valencia de 3 de abril de 2012 (JUR 2012\216244)

SAP de Madrid 27 de febrero de 2007 (RJ 2007/151411)

SAP de Barcelona de 11 de mayo de 2006 (JUR 2006/271650)

SAP de La Coruña de 24 de mayo de 2005 (JUR 2006/93865)

SAP de Almería de 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623)

SAP de Murcia de 29 de octubre de 2002,(JUR 2003/71008)

SAP de La Coruña de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002/198111)

SAP de Álava de 25 de abril de 2002 (JUR 2003/231109)

SAP de Valladolid de 12 de abril de 2002,(RJ 2002/154546)

SAP de Granada de 14 de mayo de 2001 (AC/2001/1599)

SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 (AC/2001/151)

SAP de Barcelona de 17 de marzo de 2000 (RJ 2000/139023)

SAP de Málaga de 22 de noviembre de 1999 (AC 1999/2599)

STS 233/2012, STS de 20 de abril de 2012 (RJ 2012/5911)

STS 217/2011 de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011/3137)

STS 758, de 4 de noviembre de 2011 (RJ/2012/1248)

STS de 17 de octubre de 2007 (RJ2007/7307)

STS de 3 de febrero de 2006 (RJ 2006/622)

STS de 15 de junio de 2005 (RJ 2005/508)

STS de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002/1619)

STS de 14 de julio de 2001 (RJ 2011/5122)

STS de 27 de enero de 1998 (RJ 1998/110)

STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9649)

STS de 23 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9758)

STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251)

STS 19 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7978)

STS de 27 de febrero de 1997 (RJ 1997/1333)

STS de 19 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9110)

STS de 4 de febrero de 1995 (RJ 1995, 739)

STS de 4 de febrero de 1995 (RJ 1995/739)

STS de 26 de enero de 1993 (RJ1993/635)

STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174)

STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2014 (RJ 2014/4197)

STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2012 (RJ 2012/10025)

STSJ de Cataluña de 10 de septiembre de 2010 (RJ 2011/2458)

**ESTADOS UNIDOS**

Ansin v. Craven-Ansin, 929 N.E.2d 955 (Mass. 2010)

Arzin v. Covello, 175 Misc. 2d 453, 669 N.Y.S.2D 189 (Sup. Ct. 1998)

Avitzur v. Avitzur, 446 N.E.2d 136 (NY. 1983)

Bailey v. Bailey, 677 S.E.2d 56 (Vir. 2009)

Beal v. Beal, 88 P.3d 104 (Alaska, 2004)

Binek v. Binek, 673 N.W.2d 594 (ND. 2004)

Blige v. Blige, 656 SE 2d 822 (Ga. 2008

Boetsma v. Boetsma, 768 N.E. 2d 1016 (Ind. Ct. App. 2002)

Branam & Beaver, 225 Ore. App. 630 (Ore. 2009)

Button v. Button, 388 NW 2d 546 (Wis. 1986)

Cannon v. Cannon, 865 A.2d 563 (2 Md. 2005)

Carnell v. Carnell, 398 So. 2d 503 (Fl. Dist. Ct. App. 1981)

Carnuccio v. Upton, 15 A.D. 3d 212 (NY. 2005)
Chaplain v. Chaplain, 682 S.E. 2d. 108 (Va. 2009)
Combs v. Combs, 865 P 2d 50 (Wyo. 1993)
Darr v. Darr, 950 S.W.2d 867 (Mo. Ct. App. 1997)
Del Vecchio v. Del Vecchio , 143 So 2d 17 (Fla. 1962)
De Mateo v. De Mateo, 436 Mass. 18, 762 N.E.2d 797 (2002)
Diosdado v. Diosdado, 118 Cal Rptr 2d 494 (Cal. 2002)
Dipasquale v. Dipasquale, 199 Wis. 2d 123, 545 N.W. 2d 519 (1995)
Estate of Broadhurst, 737 S.W.2d 504 (Mo. Ct. App. 1987)
Ford v. Blue, 106 S.W. 3d 470 (Ky. 2003)
Frey v. Frey, 471 A.2d 705 (Md.1984)
Friezo v. Friezo, 914 A.2d 533 (Conn. 2007)
Gardner v. Gardner, 527 N.W. 2d 701 (Wis. 1994)
Gould v. Rafaeli, 822 S.W.2d 494 (Mo. Ct. App 1991)
Gross v Gross, 464 N.E.2d 500 (Ohio. 1984)
Hall v. Hall, 4 So. 3d 254 (La. Ct. App. 2009)
Hannon v. Hannon, 740 So. 2d 1181 (4to Cir, 1999)
Hardee v. Hardee, 585 S.E. 2d 501 (SC. 2003)
Hawley v. Hawlye, 904 S.W.2d. 584 (Mo. Ct. App. 1995)
Holiday v. Holiday, 358 So.2d. 618 (La. 1978)
In re Estate of Davis, 213 S.W.3d 288, 297 (2006)
In re Estate of Smid, 756 N.W.2d 1 (SD. 2008)
In re Estate of White, 718 S.W. 2d 185 (Mo.1986)
In re Marriage of Barnes, 324 Ill. App.3d 514, 755 N.E. 2d 522 (2001)
In re Marriage of Benson, 7 Rptr 3d 905 (Cal. 2003)
In re Marriage of Benson, 32 Rptr 3d 471 (Cal. 2005)
In Re Marriage of Bernard, 204 P.3d 907 (Wash. 2009)
In re Marriage of Cooper, 769 N.W. 2d 582 (Iowa 2009)
In re Marriage of Mehren and Dargan, 13 Cal Rptr 3d 522 (Cal, Ct. App. 2004)
In re Marriage of Pendleton and Fireman, 99 Cal Rptr. 2d 278, 5 P 3d 839 (Cal 2000)
In re Marriage of Ross, 670 P.2d 26 (Colo. 1983)
Johnson v. Johnson, 811 SW.2d 822 (Mo. Ct. App 1991)

Karkaria v. Karkaria, 592 A.2d 64 (Pa.1991); 184 Misc.2d 928, 710 N.Y.S.2d 765 (Sup. Ct. 2000)

King v. King, 442 S.E.2d 154 (NC. 1994)

Lane v. Lane, 202 S.W.3d 577 (Ky. 2006)

Lang. v. Lang, 275 Wis. 2d 878, 685 N.W. 2d 172 (2004)

Langley v. Langley, 279 Ga. 374, 613 S.E.2d 614 (2005)

Laudig v. Laudig, 624 A.2d 651 (Pa. 1993)

Mabus v. Mabus, 890 So. 2d 806 (Miss. 2003)

Macfarlane v. Rich, 567 A. 2d. 585 (N.H. 1989)

Maloy v Maloy, 362 So. 2d 484 (Fla. Dist. Ct. App.1978)

Marsocci v. Marsocci, 911 A.2d 690 (RI. 2006)

Medical Business Assoc. v. Steiner, 588 N.Y.S.2d 890 (NY1992)

Moss v. Moss, 187 A.D. 2d 775, (NY. 1992)

Newman v. Newman, 653 P.2d 728 (Colo. 1982)

Panossian v. Panossian, 569 N.Y.S. 2d 182 (NY. 1991)

Parr v. Parr, 635 N.E.2d 1124 (In. 1994)

Peterson v. Sykes-Peterson, 37 A.3d 173 (Conn. 2012)

Posner v. Posner, 233 So. 2d. 381 (Fla. 1970)

Reece v. Eliott, 208 S.W.3d 419 (Tenn. 2006)

Rider v. Rider, 669 NE 2d 160 (Ind. 1996)

Sanders v. Sanders, 288 S.W. 2d 473 (Tenn. Ct. App. 1955)

Sanford v Sanford, 694 NW 2d 283 (SD 2005)

Schlaefer v. Financial Management Services, 996 P.2d 745 (Ariz. 2000)

Simeone v. Simeone, 581 A.2d 162 (Pa. 1990)

Sims v. Sims, 186 N.W. 2d 491 (Neb. 1971)

Stadther v. Stadther, 526 So.2d 598 (Ala. 1988)

State of Idaho v. Suiter, 67 P.3d 1274 (Ct. App. 2003)

Stoner v. Stoner, 819 A.2d 529 (Pa. 2003)

Tyler v. Tyler, 990 So.2d 423 (Ala. 2008)

Upham v. Upham, 630 N.E. 2d 307 (Mass. 1994)

Vakil v. Vakil, 66 Mass. App. Ct. 526, 849 N.E.2d 233 (2006)

Volid v. Volid, 286 NE 2d. 42 (Ill. 1972)

Walker v. Walker, 765 NW 2d 747 (SD. 2009)

Wisconsin v. Yoder, 406 US 205 (1972)

Zummo v. Zummo, 574 A.2d 1130 (Pa. 1990)

**PUERTO RICO**

*Ab Instestato* Saldaña Candelario, 126 D.P.R. 640 (1990)

Gil Enseñat v. Marini Román, 167 D.P.R. 553 (2006)

López Torres v. González Vázquez, 151 D.P.R. 225 (2000) (Sentencia)

Vilariño Martínez v. Registrador, 88 D.P.R. 288 (1963)

Umpierre Del Valle v. Torres Díaz, 114 D.P.R. 449 (1983)

Domínguez Maldonado y Santiago v. E.L.A., 137 D.P.R. 954 (1995)

Maldonado v. Cruz Dávila, 161 D.P.R. 1 (2004)

Guadalupe Solís v. González Durieux, 172 D.P.R. 676 (2007)

Roselló Puig v. Rodríguez Cruz, 183 D.P.R 81 (2011)

## RESUMEN

El ejercicio de la autonomía de la voluntad en el contexto matrimonial es un tema que ha suscitado profundos debates desde hace mucho tiempo, pero particularmente en las últimas décadas, tal discusión ha provocado importantes desarrollos jurídicos en muchos sistemas legales. Ello ha ocurrido principalmente como respuesta a una diversidad de cambios socioeconómicos que han alterado las premisas tradicionales en las que se fundamentaba la normativa matrimonial. Este fenómeno se ha reflejado no solamente en relación con la naturaleza y concepto de la figura del matrimonio, sino también en lo atinente a los derechos y obligaciones que produce el vínculo y a la regulación de su disolución. En materia de libertad contractual de los cónyuges, el foco de la discusión doctrinal, legislativa y jurisprudencial ha sido principalmente la delimitación del alcance que debe reconocérsele a la facultad de aquellos para autorregular su relación matrimonial y el nivel aceptable de intervención judicial en el control de la validez y eficacia de tales acuerdos. Este tema está, a su vez, subsumido en el debate más amplio sobre el rol de las normas imperativas o de orden público en el ámbito de la regulación jurídica familiar, y sobre cómo aquellas moldean la facultad autonormativa de los sujetos.

En este escenario jurídico se inserta el tema general de estudio de esta tesis, cuyo objetivo concreto es examinar el contrato capitular como sede susceptible de albergar la voluntad consensuada de los cónyuges para autorregular las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial. La indiscutible actualidad de este tema es el resultado, entre otros factores, de una acrecida valoración del principio de la autonomía de la voluntad privada en el ámbito de las relaciones matrimoniales, así como de la inexistencia de un tratamiento normativo definido en el Derecho común español. Esto pone de manifiesto, a su vez, la importancia de la materia como objeto de estudio, además del impacto eminentemente práctico que reviste su análisis tanto para la tarea docente como para el asesoramiento legal adecuado.

Para partir de un argumento amplio, la presente tesis sitúa el tema objeto de estudio en una perspectiva histórica. Comienza con una referencia a los antecedentes

más inmediatos de las normas que justifican el entendimiento de la normativa actual que cobija en el Derecho español la libertad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales y de pactos. De esta forma se ha pretendido poner de relieve que la libertad de otorgamiento del contrato capitular es el eje en el que gira el andamiaje regulatorio que viabiliza la adscripción de un contenido concreto al contrato capitular. Para propósitos de esta mirada retrospectiva, este trabajo se remonta al Proyecto de Código Civil español de 1851 y examina el desarrollo normativo hasta la regulación vigente. Quizá estas cuestiones de orden histórico puedan entenderse superadas para un lector español, pero hemos considerado pertinente incluirlas ya que no en vano representan los antecedentes del Código civil que, durante un breve período de tiempo, fue común a España y Puerto Rico.

Continúa este análisis del transcurso configurativo de la normativa vigente en materia capitular con la discusión de la pieza legislativa que incorporó el principio de mutabilidad del régimen económico del matrimonio al Derecho español y que sentó las bases para la trascendental reforma que, poco más de un lustro después, no sólo consagró la doctrina del libre otorgamiento de capitulaciones matrimoniales sino que, además, supuso una amplia y profunda transformación de diversos aspectos del Derecho de familia. En este contexto, se discute el efecto de la inclusión de esta materia en las disposiciones generales que encabezan la regulación sobre regímenes económicos matrimoniales, particularmente en lo que atañe a su función de reflejar el nuevo rol de la autonomía de la voluntad en el seno de los negocios jurídicos familiares como corolario de la libertad de contratación entre cónyuges, aunque sin pretensión de agotar el denso debate doctrinal y jurisprudencial surgido en torno a las múltiples cuestiones que fueron suscitándose en relación con el entonces nuevo estado de Derecho.

El análisis propuesto exige asimismo el examen de las bases teóricas de la discusión sobre el alcance permitido a la autonomía de la voluntad en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, lo que requiere a su vez considerar los fundamentos en los que se inscribe el asunto en el Derecho privado en general, para poder extrapolar su discusión al ámbito de lo imperativo y lo dispositivo en el derecho familiar, teniendo en cuenta sus caracteres propios. Es indispensable comenzar el estudio de esta cuestión a la luz del debate sobre la eficacia de determinados derechos y libertades de rango constitucional y su irradiación hacia las relaciones jurídicas privadas, porque así lo exige la articulación toda del principio de la autonomía de la voluntad en la normativa

jurídica de menor jerarquía. Ello no desmerece, sin embargo, la importancia de la normativa codificada en la delimitación del alcance de la autonomía de la voluntad en sede matrimonial, que en este trabajo se examina en el contexto del contrato capitular como su cauce tradicional en el Derecho privado español. Aunque somos conscientes de que ello atiende sólo parcialmente la cuestión en cuanto se limita a los cónyuges como parte del grupo familiar pues nuestro estudio se conduce con carácter específico a la estructura familiar matrimonial. No desconocemos, sin embargo, la importancia y la necesidad de solventar similares cuestiones en otros escenarios jurídicos que acomodan esquemas familiares diversos e igualmente respetables, pero por razones obvias de delimitación del tema, no abordamos esas otras situaciones.

Luego, este estudio se dirige a avanzar en la precisión del contenido posible del contrato capitular, al crisol de las implicaciones de los desarrollos jurídicos antes mencionados, que indudablemente han esculpido la naturaleza jurídica de aquel de modo peculiar en el ordenamiento español vigente. Con el beneficio de la extensa doctrina elaborada en torno a la naturaleza jurídica y al contenido de las capitulaciones matrimoniales, damos lugar a la discusión sobre la viabilidad de acoger expresamente el pacto en previsión de crisis matrimonial como contenido posible de ese contrato. Para ello se hizo necesario, no obstante, que el análisis no se limitara a ese extremo sino que se trasladara también a la consideración de otras importantes cuestiones relacionadas con la naturaleza jurídica del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, así como algunos otros controvertidos aspectos referidos a su validez, eficacia y forma. En el análisis de estas cuestiones se integra el estudio de la legislación catalana vigente sobre la materia, única regulación tipificada del referido pacto en España.

El tratamiento particular dispensado al pacto en previsión de ruptura en este trabajo se justifica por su novedad y utilidad, y su estudio pretende poner de manifiesto la necesidad de que se considere formalmente la deseabilidad de reconocerlo expresamente en la esfera del Derecho común. Así se potenciaría al máximo la articulación jurídica de la autonomía de la voluntad consensuada de los cónyuges como fuente de autorregulación, pero no solo de los diversos aspectos estructuradores de la dinámica conyugal constante matrimonio, sino también de los asuntos que enfrentaría el grupo familiar en ocasión de una eventual crisis matrimonial. Su consideración como cuestión de *lege ferenda* es el mínimo que amerita un ordenamiento jurídico que, una vez más, enfrenta la amenaza de que la norma jurídica quede superada por la realidad

social. Esta reclama un amplio espectro para el ejercicio de la libertad de elección de modo que los cónyuges, como indudables protagonistas, puedan autorregular —desde la perspectiva más personal— lo que es mutuamente aceptable para lograr ajustarse a las cambiantes circunstancias que pueda atravesar su relación matrimonial.

Esta Tesis amplía el alcance de su investigación a otros dos sistemas legales, para  para incursionar en el estudio de la trayectoria del tratamiento jurídico dispensado a los acuerdos matrimoniales en la normativa estadounidense y en la puertorriqueña. La primera se estudia porque su protagonismo en la evolución de importantes desarrollos legislativos y jurisprudenciales en la materia investigada no aconseja menos. Su estudio demuestra que la falta de uniformidad en el tratamiento del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial en el plano estadounidense estatal ha propiciado el desarrollo de importantes propuestas de principios uniformadores que convergen en el reconocimiento de un espacio bastante amplio para el ejercicio de la autonomía privada. La versión más reciente de la legislación modelo (UPMAA 2012) atiende algunos de los reclamos doctrinales que defendían la ampliación del examen de las garantías de validez y eficacia del acuerdo, y así se acerca un poco al diseño propuesto por el otro cuerpo de normativa modelo uniformadora aplicable a la materia, el de los Principios ALI, en cuanto pretende balancear el reconocimiento de la autonomía contractual de los cónyuges con la necesidad de establecer salvaguardas que abonen a la *justicia procedimental y sustantiva* del acuerdo en previsión de ruptura matrimonial.

Por último, también se examina la situación actual del Derecho puertorriqueño en el tema de capitulaciones matrimoniales, lo que se justifica, entre otras razones, porque en esa materia —así como en la mayor parte de la normativa de Derecho privado puertorriqueño— el *íter* de la normativa española es referente obligado. Nos acercamos así al análisis del escaso desarrollo legislativo y jurisprudencial de la normativa puertorriqueña, desde la entrada en vigor de su Código Civil, hasta la iniciativa legislativa más reciente. Su examen demuestra que este no refleja algunas de las más importantes transformaciones experimentadas por su antecedente inmediato, el Código civil español, particularmente en cuanto el Código civil puertorriqueño limita la libertad de otorgamiento y de pacto, pues todavía se aferra al principio de inmutabilidad capitular y a la prohibición de contratación entre cónyuges. Tales restricciones a la autonomía de la voluntad privada de los cónyuges es incompatible no solo con valores constitucionales firmemente arraigados en el ordenamiento puertorriqueño −como la

libertad individual y la igualdad, por ejemplo−, sino también con la normativa codificada misma, que en otros contextos protege y valora preferentemente tales derechos, como es el caso en la regulación de la disolución por divorcio. La Propuesta de Revisión del Código Civil de Puerto Rico del 2007 atiende adecuadamente algunas de los obstáculos que limitan la autonomía de la voluntad de los cónyuges, pero es necesario que cualquier esfuerzo reformador vaya un paso más adelante y acoja expresamente el pacto en previsión de ruptura matrimonial como contenido posible, incluso autónomo, del contrato capitular. Por ende, como cuestión de *lege ferenda* ello debería incorporarse en cualquier propuesta de reforma del Código civil puertorriqueño, pues de lo contrario el nuevo Código civil nacería viejo.

## ABSTRACT

Private autonomy in the marital context is a subject that has elicited earnest debate for a long time, but particularly in the last decades such discussion has prompted juridical developments in many legal systems, mainly in response to socio economic changes that have altered the more traditional premises of marriage law. This phenomenon is reflected not only in relation to the nature and concept of the marital relationship as such, but also as to the rights and obligations during marriage and the grounds for its dissolution. In regard to marital agreements, the focus of the doctrinal, statutory and case-law discussion has basically been the extent to which spouses should be able to self-regulate their relationship and the acceptable level of judicial intervention in the determination of the validity and enforceability of marital agreements. That issue is subsumed in an wider debate about how *ius cogens*, peremptory norms and *ordre public* limitations in the family law context shape the function of self-determination in that area of the law.

The general theme of study of this thesis is inserted in the above referenced discussion, and its objective is the analysis of current Spanish law on marriage contract as the optimum legal instrument for spouses to agree on their self-regulation of the personal or patrimonial consequences of the dissolution of their marriage before an eventual marital crisis arises. This subject is undoubtedly important in the context of Spanish family law because there is no specific regulation of such marital agreement in the Spanish Civil Code, the main body of private law at the national level. Moreover, the study of any topic related to the exercise of private autonomy in the specific context of marital relations has great impact on the practice and teaching of the law.

This thesis departs from a wide overview and thus begins studying the subject from a historic perspective, with a reference to the most immediate legislative antecedents of the juridical norms which justify spouses' autonomy to decide on their matrimonial regime and other marital issues by contract. Such freedom, as it has evolved and is conceived by current law, is the main foundation of the argument made in defense of a particular content for the marriage contract foreseeing the consequences of a marital rupture in a preventive nature. This retrospective analysis looks back to the

Spanish codification *Projet* of 1851 (García Goyena) and then examines the principal legislative developments which led to current law. Special emphasis is made on the main reforms which modernized Spanish family law by adopting the principle of mutability of matrimonial regime, freedom of contract during marriage, equality of rights and obligations between spouses and no-fault divorce, *inter alia*.

This study continues with the analysis of the limits of the law on private autonomy in the specific context of the marital contract regulation. This topic is profoundly influenced by remarkable constitutional developments experienced by the Spanish legal order; thus this analysis begins with the discussion of the impact of constitutionally protected rights and liberties on codified private law and further examines the limits established by the latter. Thereon, this thesis proceeds to the analysis of the precise nature of the traditional matrimonial contract in Spanish law and its possible content in light of the above mentioned developments, to conclude that the significant reforms experienced by Spanish family law have tailored the juridical nature of the matrimonial contract in such an ample way that it allows the spouses to agree on the economic or personal terms which will self-regulate them, not only during marriage but also in anticipation of a future separation or divorce.

The scope of this research study is further extended to the analysis of current law on marital agreements in the United States of America, mainly because it has pioneered statutory, doctrinal and common law developments on the subject matter. The examination of the main discussions developed at the state level reflects important differences between the two main models of uniform principles and leads to the conclusion that even though there is no uniformity between the states, they recognize marital contracts as a valid exercise of the parties' private autonomy, even to regulate the consequences of a marital crisis. As such, premarital and marital agreements are generally valid and enforceable, although some states require mayor scrutiny by imposing procedural safeguards related to the execution of the agreement, thus limiting the parties' autonomy in protection of certain public policy considerations.

The lack of uniformity on state marital agreements law has prompted the development of important legislative proposals and recommended principles on the subject, led by the Uniform Premarital Agreements Act (UPAA 1983) which promoted the recognition of premarital agreements and its validation in light of the circumstances of its execution, thus rejecting substantive judicial review of the agreed terms a the time

of enforcement. A recent version of said uniform law (UPMAA 2012) addresses some of the criticism received by its predecessor and extends the determination of the validity and enforcement of premarital and marital agreements by: (a) requiring more precise procedural safeguards to assure a valid consent and, (b) by recognizing as an alternate legislative policy the *second look* approach to validity and enforcement of marital agreements, which allows judicial refusal to enforce a term if it would generate substantial hardship to a party due to material changes in circumstances after the agreement was signed.

The comparative law component of this thesis also examines current Puerto Rico law on premarital contracts, mainly because its close relation to Spanish family law, which is explained by the fact that most Puerto Rican private law still follows its Spanish inherited civil law tradition. This study reflects that some significant reforms experienced by the Spanish Civil Code regarding marriage contracts and marital regime has not been followed by its Puerto Rican counterpart, but not due to a legitimate legislative choice of reforming the Civil Code in a different direction from the Spanish Code, but because of the legislative choice of not reforming some important areas of family law at all. That explains why, for example, under current Puerto Rico law spouses still can not modify their matrimonial regime during marriage nor do they have freedom to contract between themselves, thus subjecting married people to nineteenth century anachronisms which are contrary not only to important constitutional values, but also to other areas of marriage law itself which values individual liberty, gender equality, and private autonomy in the marital scenario. After discussing the most recent Civil Code reform project, which dates back to 2007 and was regrettably unsuccessful, this thesis concludes that such legislative proposal should be amended to expressly recognize marital agreements in anticipation of matrimonial crisis, thus allowing the spouses to self-determine their patrimonial or personal rights and obligations upon divorce from a preventive perspective. Otherwise, a revised and reformed Puerto Rico Civil Code will be outdated at the very moment of its approval.