



VNIVERSIDAD  
D SALAMANCA

CAMPUS OF INTERNATIONAL EXCELLENCE

**INFORME NÚM. 003/2020**

Utrecht, Países Bajos.

Octubre 29, 2020.-

Asunto: Informe sobre los intereses en conflicto (Repositorio)

Tesis Doctoral: “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho Español. Efectividad de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”.

Director/tutor de tesis: ***José Antonio Martín Pérez***

Directora del programa doctoral: ***Esther Torrelles Torrea***

Programa: Doctorado en Derecho Privado

Período académico: 2019-20

Realizado por: ***Gary Nicolás Reyes Benítez***

[gary.n.reyes.benitez@gmail.com](mailto:gary.n.reyes.benitez@gmail.com)

[garyreyes@usal.es](mailto:garyreyes@usal.es)

Sumario: I. Resumen —II. Índice general —III. Introducción IV. Resumen del Cap. II de la tesis —V. Conclusiones

## **I. Resumen**

La tesis doctoral se centra en examinar, pormenorizadamente, los pactos prematrimoniales en previsión de una eventual ruptura o crisis matrimonial, para determinar los elementos estructurales que conforman los mismos, así como aquellas materias o asuntos que son objeto de negociación, con la finalidad de que estos no logren devenir en una nulidad e ilicitud contractual. De esta manera, el presente estudio logra fundamentarse en el examen de la autonomía de la voluntad y el derecho a la libertad de contratación, para que los cónyuges puedan autorregular sus relaciones jurídico-familiares en el ámbito matrimonial, teniendo por conciencia y conocimiento los extremos que podrían plantearse como objeto de contratación.

Igualmente, tales acuerdos se analizan tomando como punto de partida los lineamientos dispuestos en tal vertiente, tanto por la doctrina del Derecho de contratos y de familia como por la jurisprudencia más relevante de los tribunales españoles, al tiempo de apoyarse en los esquemas dispositivos instaurados por la normativa general que regula la materia de contratos. De este modo, las conclusiones jurídicas extraídas permiten ventilar las garantías de validez y eficacia en que podrían incardinarse estos pactos.

## **II. Índice General**

### **Índice**

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>15</b>
--------------------------	-----------

## **CAPÍTULO I.**

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>19</b>
--------------------------	-----------

## **CAPÍTULO II**

<b>BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA DE LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES: ORIGEN Y EVOLUCIÓN .....</b>	<b>24</b>
---	-----------

<b>A. Planteamiento general .....</b>	<b>25</b>
---------------------------------------	-----------

<b>II.1 Sucinta mención de la evolución de los acuerdos prematrimoniales en Derecho Comparado.....</b>	<b>27</b>
--	-----------

II.1.1 Legislación europea: Inglaterra, Alemania, Holanda, Suiza e Italia .....	27
--	----

II.1.1.1 Derecho inglés y el precedente anglosajón.....	27
---	----

II.1.1.2 Derechos alemán y holandés .....	32
---	----

II.1.1.3 Derecho suizo .....	39
------------------------------	----

II.1.1.4 Derecho italiano .....	41
---------------------------------	----

II.1.1.5 Reflexión final sobre el Derecho comparado de la legislación europea.....	45
---	----

II.1.2 Legislación americana: EE.UU., Costa Rica, Argentina y República Dominicana .....	47
---	----

II.1.2.1 Derecho estadounidense .....	47
---------------------------------------	----

a. Evolución y régimen jurídico.....	47
--------------------------------------	----

b. Movimiento uniformador de las legislaciones...50	
---	--

c.	Requisitos de validez y eficacia: <i>divulgación financiera, el contenido de lo pactado y la asesoría legal independiente</i> .....	52
d.	Otros intentos uniformadores de criterios: <i>American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution 2002 y sus implicaciones legales</i> .....	57
e.	La Ley Uniform Premarital and Marital Agreements Act (UPMAA, 2012): <i>definiciones, su alcance normativo y el objeto regulado</i> .....	61
i.	Sobre la ineficacia contractual de los acuerdos prenupciales.....	63
ii.	En cuanto a la validez, forma y eficacia....	64
II.1.2.2	Derecho de Argentina .....	65
II.1.2.3	Derecho Costa Rica.....	68
II.1.2.4	Derecho de República Dominicana.....	70
<b>II.2</b>	<b>Evolución de los pactos prenupciales en España</b> .....	<b>76</b>
II.2.1	Derechos autonómicos.....	82
II.2.1.1	Caso especial de Cataluña.....	89

## CAPÍTULO III

### **RÉGIMEN LEGAL DE LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, CLASES, Y FUNDAMENTO LEGAL DE LOS PACTOS PRENUPCIALES .....95**

#### **B. Consideraciones generales .....96**

#### **III.1 Concepto legal de los pactos prenupciales en previsión de ruptura matrimonial .....102**

##### III.1.1 Características y naturaleza jurídica de los pactos prenupciales .....105

#### **III.2 Clases de pactos prenupciales en previsión de ruptura .....111**

##### III.2.1 Pactos prenupciales que se pronuncian sobre aspectos personales (derechos fundamentales) .....115

###### III.2.1.1 Pactos que inciden sobre los deberes conyugales y la vida futura de los cónyuges en caso de separación o divorcio .....115

###### III.2.1.2 Pactos que afectan la facultad de solicitar la separación o divorcio .....126

##### III.2.2 Pactos prenupciales que se pronuncian sobre aspectos patrimoniales (acuerdos de contenidos económicos) .....134

###### III.2.2.1 Pactos que consagran una posible causa de ruptura matrimonial, y consignan, a la vez, una indemnización por separación o divorcio .....134

###### III.2.2.2 Sucinta mención de los pactos prenupciales con función de convenio regulador .....143

###### III.2.2.3 Aquellos que tienen función o características de capitulaciones matrimoniales y administran los efectos de la

disolución matrimonial: la extinción del régimen legal económico del matrimonio .....	146
III.2.2.4 Pactos que inciden sobre la compensación por desequilibrio económico, su renuncia anticipada y algunas situaciones especiales de inobservancias de los elementos contenidos en el artículo 97 del Código Civil Español ...	151
III.2.2.5 Puntuales consideraciones en torno a los pactos que tratan la renuncia de la compensación por el trabajo para la casa .....	165
III.2.2.6 Pactos que tratan lo relativo al uso de la vivienda familiar en caso de separación o divorcio (domicilio conyugal) .....	170
III.2.3 Pactos relativos a la guarda o custodia de los hijos menores o incapacitados .....	176
III.2.4 Breve reseña y cuestiones legales sobre pactos prenupciales que prevén los supuestos de matrimonios declarados nulos .....	185
III.2.5 Diferencias y similitudes con otros acuerdos: capitulaciones matrimoniales y convenio regulador .....	189
III.2.5.1 Marco general de las capitulaciones matrimoniales ...	190
III.2.5.2 Precisiones en cuanto al contenido del convenio regulador .....	196
<b>III.3 Fundamento legal de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura .....</b>	<b>203</b>
III.3.1 La autonomía de la voluntad como fundamento específico de estos pactos (marco en orden general aplicado) y sus límites.....	203

III.3.2 Marco legal y su admisibilidad en el Derecho Español: carencia de regulación y aplicación de las reglas generales de contratación (derecho común) .....	216
III.3.2.1 La utilidad práctica de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> como soporte jurídico de estos acuerdos .....	221
III.3.2.2 Consideraciones legales sobre los pactos prenupciales en previsión de ruptura matrimonial contenidos en el Libro II del Código Civil de Cataluña.....	224
a. La temporalidad .....	226
b. El contenido preciso de los acuerdos y su ineficacia contractual: principios de <i>claridad, precisión y reciprocidad</i> .....	228
c. La forma escritural del acuerdo (escritura pública) ....	234
d. El control judicial de los pactos en previsión de ruptura: su supervisión y fiscalización .....	237
<b>III.4 Análisis jurisprudencial: posición del Tribunal Supremo Español sobre la validez de los pactos prenupciales en previsión de ruptura y el juego de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para su celebración .....</b>	<b>241</b>

## CAPÍTULO IV

<b>EFFECTIVIDAD DE LOS PACTOS PRENUPCIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL: VALIDEZ, FORMA, EFICACIA E INEFICACIA, Y SU EXIGIBILIDAD.....</b>	<b>256</b>
<b>C. Planteamiento general.....</b>	<b>257</b>

<b>IV.1 Validez y forma de los acuerdos prenupciales: requisitos de forma y de fondo</b> .....	259
IV.1.1 Validez y forma .....	259
IV.1.1.1 ¿Cómo y cuándo deben ser otorgados? .....	268
IV.1.2 ¿Quiénes lo pueden ofrecer? Necesidades e intereses de los consortes para su conformación .....	269
IV.1.2.1 Caso en que sean ofrecidos por menores de edad ...	271
IV.1.3 ¿Qué se puede pactar? Contenido objetivo de los pactos y sus límites .....	273
<b>IV.2 Eficacia e ineficacia contractual de los pactos prenupciales: su exigibilidad y desnaturalización circunstancial</b> .....	280
IV.2.1 Efecto vinculante para las partes que lo suscriban, su exigibilidad y la fiscalización judicial: el control legal efectivo del acuerdo por la afectación a terceros .....	280
IV.2.2 La asesoría legal independiente de los consortes para su conformación. La participación del notario público en la negociación y redacción del pacto .....	286
IV.2.3 Caso de la alteración sobrevenida de circunstancias .....	290
IV.2.4 La mediación como resolución alternativa al conflicto suscitado entre las partes .....	296

## **CAPÍTULO V**

<b>CONCLUSIONES</b> .....	303
---------------------------	-----

<b>V.1 REFLEXIONES FINALES</b> .....	320
--------------------------------------	-----

<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>321</b>
<b>JURISPRUDENCIA CITADA .....</b>	<b>344</b>
<b>LEGISLACIÓN CITADA .....</b>	<b>347</b>

### **III. Introducción.**

Los modelos jurídicos de protección de la institución matrimonial han ido experimentando cambios significativos en la forma de regir y salvaguardar los intereses que predominan a lo interno de una relación marital. Sin embargo, dichos intereses vienen matizados en la justa medida en que evoluciona la sociedad y, en lo particular, el núcleo familiar. Esto así, porque antiguamente existían determinadas actividades que, por lo propio de la especie, se encontraban reservadas únicamente para el marido (como trabajar en empresas y buscar el sustento económico para la familia); y la mujer, de su lado, debía atender exclusivamente las labores domésticas o quehaceres del hogar.

No obstante, hoy en día las referidas labores son realizadas indistintamente por ambos sexos: cada quien cumple con el rol que le corresponde dentro del matrimonio. Empero, se ha patentado como elemento de discordia el hecho de que la mujer desempeñe un papel productivo e independiente en el ámbito social, lo que ha desencadenado, a su vez, un conflicto ilimitado entre los personajes principales del matrimonio, los consortes.

Y es por todo ello que los cónyuges sienten la necesidad de poder autorregular la correlación de sus intereses y necesidades a través de un acuerdo que sea fruto de sus voluntades y no por los efectos desplegados de una normativa de carácter general, la cual no permite satisfacer las pretensiones particulares de aquellos en relación a cada

caso o escenario planteado. De ahí que tales circunstancias han compelido y, a la vez, determinado que el Derecho de familia adopte un modelo de referencia en cuanto a la forma en que se ha venido analizando el marco de la autonomía privada de los cónyuges, para que estos puedan dirimir —con efectividad— los efectos de la crisis matrimonial, al tiempo de poder administrar debidamente las consecuencias posteriores a la disolución del enlace conyugal.

De este modo es que surgen los “acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial”, como una solución práctica que permita allanar las diferencias de los agentes operarios del matrimonio. Se trata de una operación jurídica de índole familiar que conlleva una previsión de consecuencias positivas y negativas que pueden afectar diversos aspectos de las personas envueltas en la negociación. No obstante, estos acuerdos tienen la particularidad de ser innominados o atípicos en el ordenamiento jurídico español, aunque con ciertos reconocimientos por la vía jurisprudencial y la doctrina científica, como más adelante veremos.

Así las cosas, recientes estudios sobre la materia advierten, sin embargo, que uno de los principales inconvenientes que presenta esta novedosa figura es el desconocimiento que los cónyuges tienen acerca de la misma, debido a que las partes no poseen un adecuado nivel de orientación e información sobre las situaciones o circunstancias que pueden y deben pactarse en este tipo de contratos. De tal suerte que muchas de las estipulaciones negociadas mediante estos terminan deviniendo en una nulidad e ilicitud contractual, porque la esencia de lo convenido escapa a la realidad jurídica del sistema normativo imperante.

Asimismo, las investigaciones precedentes han dejado problemas planteados, y los datos de que se disponen actualmente son insuficientes para orientar a los interesados en la aplicabilidad de este tipo de instrumento legal. Por ejemplo, algunos de ellos no contemplan las medidas cautelares que los cónyuges pueden adoptar para prevenir la ruptura matrimonial en ocasión de crisis convivencial, así como los casos en que este tipo de convenio lleve por objeto la previsión de una posible nulidad matrimonial. Además, pocos han consignado la institución de la mediación, como un modelo alternativo para resolver los inconvenientes o las externalidades negativas que se

origenen de la ejecutoriedad de un pacto prruptura. Otro de los aspectos que no se ha tratado en su justa dimensión es la condición de los menores de edad emancipados, o de personas declaradas incapaces, como agentes de derecho que procuren realizar este tipo de convenciones de carácter prospectivo.

Ante tales cuestiones, para el presente estudio nos hemos fijado el objetivo concreto de examinar pormenorizadamente los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial, en ocasión de crisis, para determinar los elementos estructurales que conforman los mismos, así como aquellas materias o asuntos que sí son pasibles de contratación, con la finalidad de que los mismos no logren devenir en una nulidad e ilicitud contractual.

Desde esta perspectiva, para brindar un adecuado nivel de información y orientación sobre el tema que nos ocupa, hemos abordado el estudio de este en seis capítulos (contados a partir de la presente introducción), en donde haremos de entrada una breve retrospectiva histórica en relación con el surgimiento de los acuerdos prematrimoniales, subrayando, categóricamente, el origen y el desarrollo de éstos; una breve mención de su evolución en materia comparada, tanto en la legislación europea como la americana, tomando en cuenta, sobre todo, lo relacionado al '*Common Law*', ordenamiento jurídico este que acepta la admisión de este tipo de acuerdos, al tiempo de destacar el precedente más interesante que supone el hilo conductor de los pactos prenupciales, el '*Premarital Agreement*'. Igualmente, haremos una reseña descriptiva de la evolución y el tratamiento de dichos acuerdos en España y, puntualmente, consignaremos el caso especial de Cataluña, el cual, a nuestro modo de ver, sirve de modelo para el derecho continental, pues la figura jurídica en cuestión ha sido debidamente tipificada.

Posteriormente, trataremos el régimen legal de los acuerdos prematrimoniales, resaltando su concepto legal; la naturaleza jurídica de este; las clases (tomando como referencia los aspectos posibles que figuren como contenido de aquellos); su fundamento legal y demás precisiones —en fin, todas las características esenciales que conforman la concepción jurídica de los pactos previsoires.

De igual modo, abordaremos lo relativo a la autonomía de la voluntad de las partes y sus límites, fundamento específico de la teoría de estudio de este tipo de convenios, en razón de que la misma es considerada como el motor que impulsa la libertad contractual ente los esposos. Ofreceremos, asimismo, una ligera y puntual consideración legal sobre los derechos autonómicos, para poner en contexto la administración y el tratamiento que los acuerdos preventivos han ido padeciendo en cada una de las jurisdicciones autonómicas. Y, para el cierre de esta sección, verteremos un análisis jurisprudencial del Tribunal Supremo Español, en donde destacaremos la posición reiterada del mismo en torno a la licitud de los pactos cautelares.

Luego, este estudio se dirige a tratar todo lo relacionado a la efectividad de los pactos prenupciales en el derecho español, las causas y el marco legal existente que permita la admisibilidad de éstos. Con todo ello, pretendemos comprimir y tratar todo lo concerniente a su validez, según lo pactado; los límites de lo convenido, lo cual se encuentra ajustado a las materias que se consideren como elementos indisponibles de contratación, puesto que colindan con los esquemas regulatorios del orden público; la eficacia e ineficacia del acuerdo; su exigibilidad, dependiendo de lo contratado; y, a última instancia, afrontaremos lo referente a la alteración sobrevenida de circunstancias, lo cual se encuentra inexorablemente vinculado al cumplimiento de lo estipulado por las partes.

Por último, como conclusión, intentaremos aunar —en un resumen— todas las aportaciones y datos más relevantes del presente estudio, así como verificar si se comprobó o no la hipótesis de nuestra investigación. Además, realizaremos un esbozo sobre la acogida y la ulterior aplicabilidad de los acuerdos en previsión de ruptura, y una sucinta reflexión sobre algunas consideraciones legales que, para el porvenir, podrían ser valoradas o tomadas en cuenta, tanto para una consulta inmediata por parte de un estudioso e investigador interesado sobre el tema, como para su ponderación y referenciación de consulta respecto a cualquier pieza legislativa que esté pendiente de curso, en todo caso.

Por otro lado, es pertinente acotar que, como límites precisos para el análisis y estudio de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, nos enfocaremos en

lo atinente al surgimiento de la crisis matrimonial como tal, y que, pese a la reducida documentación sobre el tema en cuestión y a la escasa tradición de celebrar este tipo de acuerdos en el ordenamiento jurídico español, partiremos de determinados preceptos legales que, al ser de orden general, podríamos exportarlos a la realidad jurídica de estos contratos a los fines de lograr un correcto análisis. Así, se podría tomar como punto de partida lo consignado en la jurisprudencia de los tribunales españoles, específicamente las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo. Con lo cual podríamos destacar la legalidad y la correcta aplicabilidad de los precitados acuerdos prenupciales.

De igual manera, otro límite puntual que nos hemos trazado en el presente trabajo es el referente al marco de estudio, alcance y límite de la autonomía de la voluntad de las partes como fundamento legal de estos contratos, por lo que trataremos todo lo relativo a las cuestiones que gravitan en torno a la indicada institución, y más por el tipo de apoyo o propensión que brinda la ley 15/2005, de 8 de julio, para que las partes puedan arribar a un acuerdo de conciliación.

Finalmente, con independencia de los criterios o cuestiones que delimitan el contorno de este trabajo, también es oportuno precisar aquellos elementos que no formarán parte del contenido estricto de esta investigación. De ahí que, en el actual estudio, no serán objeto de discusión los acuerdos en previsión de ruptura otorgados en constante matrimonio, ni aquellos que son originados toda vez que se concrete la disolución del vínculo matrimonial. Tampoco serán aspectos de tratamiento los diversos modelos o regímenes económicos configurados en el Código Civil Estatal, ni las cuestiones alusivas a los derechos de los acreedores. No obstante, cualquiera de estos aspectos podría tratarse en algún momento, a lo largo del trabajo, pero sin incurrir en un exceso que trascienda por mucho el enfoque apropiado del presente estudio.

Acotado todo lo anterior, pasamos, a continuación, al abordaje del tema que nos ocupa.

**IV. Resumen del Cap. II**

**CAPÍTULO II.**

**BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA DE LOS ACUERDOS  
PREMATRIMONIALES: ORIGEN Y EVOLUCIÓN**

## **A. Planteamiento general**

Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial tienen la particularidad de que carecen de regulación expresa en numerosos ordenamientos; dependiendo del contenido pactado por los futuros cónyuges, el acuerdo en sí puede quedar afectado por la nulidad e ilicitud. El mundo occidental, en ese sentido, ha ido dando importantes pasos en materia regulatoria tendentes a cobijar en sus respectivas legislaciones los acontecimientos significativos que en el orden social los cónyuges han venido conquistando, al tiempo de dotarlos, concretamente, de las herramientas necesarias para que puedan autorregular por sí mismos sus propias relaciones económico-patrimoniales y financieras.

Por todo ello, se hace necesario mostrar la evolución cimera de estas importantes conquistas en jurisdicciones occidentales, destacando, de este modo, el tratamiento legislativo que el Derecho europeo comporta respecto a la eficacia de los contratos en cuestión.

Dicho esto, cabe precisar que nos detendremos sobre algunos ordenamientos y más, específicamente, en el Derecho estadounidense y el Derecho español. Esto así, porque el Derecho estadounidense es el sistema jurídico pionero que mayor avance ha mostrado en la regulación sistemática de esta clase de pactos; y, de igual forma, el régimen jurídico español, además de ser el ámbito objeto del presente estudio, es el sistema que se caracteriza por una buena estructura legal en cuanto a la regulación se refiere (caso especial de Cataluña). Al mismo tiempo, este último brinda un mayor apoyo, en términos jurisprudenciales, para la admisibilidad regulatoria de estos acuerdos.

Cada uno de los ordenamientos jurídicos que, atendiendo a su ubicación geográfica, exhiben ciertos desarrollos cívicos y sociales que inciden notoriamente en la aceptación y validez de los pactos prenupciales en previsión de ruptura, serán tomados en cuenta para determinar los requisitos elementales que se exigen para el estudio de

validez de dichos acuerdos. Además, esto permite, en gran medida, poner en contexto y en perspectiva el origen y la evolución de esta figura jurídica, así como determinar la realidad social imperante y las motivaciones que se volcaron sobre los hombros del legislador para que terminara abriendo la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar y ajustar sus circunstancias o extremos al marco legal que corresponda en la esfera contractual.

## II.1 Sucinta mención de la evolución de los acuerdos prematrimoniales en Derecho Comparado

### II.1.1 Legislación europea: Inglaterra, Alemania, Holanda, Suiza e Italia

#### II.1.1.1 Derecho inglés y el precedente anglosajón.

El precedente inmediato sobre el surgimiento y el uso de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura lo podemos encontrar durante el siglo XVI en la sociedad inglesa. Los mismos, en aquel entonces, eran utilizados como un mecanismo jurídico de defensa para proteger los intereses de las familias adineradas que tenían grandes extensiones de tierras y un gran caudal de posesiones materiales, que podrían verse amenazadas cuando las hijas contraían nupcias, y no podían disponer —en efecto— del patrimonio obtenido antes y durante la vida matrimonial. Por ello, surgen los acuerdos denominados ‘*prenups*’ (acuerdos celebrados entre familias acaudaladas que surgieron durante los siglos XVII y XVIII, tanto en Inglaterra como en las colonias inglesas, e inclusive en los Estados Unidos) con el objeto de regular y proteger el patrimonio familiar, mantener la titularidad de los bienes y homogeneizar la relación entre el hombre y la mujer<sup>1</sup>. De igual manera, el Derecho inglés, ante las situaciones anteriormente descritas, les brinda cobijo legal a los contratos en cuestión al permitir, en el año 1677, la incorporación plausible de aquellos en el instrumento legal de ‘*Statute of Frauds*’<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, “Acuerdos prenupciales y matrimoniales del nuevo Código Civil y Comercial”, 1ra. Edición, Editorial García Alonso, Buenos Aires, Argentina, agosto de 2015, pág. 58. Los autores en cuestión refieren, también, que el objetivo de los referidos acuerdos en sí eran regular aspectos de carácter personal y económico, y que en la actualidad se decantan por: “1) fijar el régimen matrimonial patrimonial (*sic*) por el que se van a regir durante el matrimonio; 2) evitar la intervención judicial en el reparto de los bienes luego de producida la ruptura matrimonial y 3) regular cuestiones personales y las relacionadas con los hijos de la pareja e incluso con aquellos que no han nacido aún, como también establecer el régimen de visitas o cuestiones relativas a la educación de los hijos.” *Ibidem*, p. 57.

<sup>2</sup> Anguita Villanueva, Luís Antonio, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, en *Nul. Estudios sobre la validez e ineficacia*, ISSN-e 1699-3500, núm.

Ahora bien, el sistema jurídico inglés, sin embargo, se ha caracterizado por la regulación de los hechos o eventos cotidianos basados en los dictámenes costumbristas de la esencia del '*Common Law*' (Derecho Consuetudinario); de ahí que el régimen legal que rija las relaciones económicas-patrimoniales del matrimonio como institución jurídica, por ley, no existe<sup>3</sup>. Por ello, los acuerdos prematrimoniales en sede capitular — capitulaciones matrimoniales— no son tomados en cuenta para la creación y determinación del tipo de régimen matrimonial que los esposos pretenden adoptar para definir la base jurídica de su relación conyugal de cara a la sociedad y al estado de Derecho que corresponda. A diferencia de esto, y como ya es sabido, los acuerdos prematrimoniales elevados en un contrato capitular en el Derecho europeo-continental sí revisten una importancia jurídica de extrema supremacía, máxime cuando aquel procure determinar de manera exacta el modelo que va a reglamentar la institución matrimonial: aspecto considerado de orden público.

No obstante, en el Derecho inglés podemos encontrar algunas interacciones legales, de índole jurisprudencial y doctrinal, que sientan un mecanismo paradigmático en cuanto a la validez y la utilidad socio-jurídica de los acuerdos prematrimoniales. En ese sentido, dichos acuerdos, en la actualidad, y como instrumento jurídico, tienen como propósito satisfacer de manera efectiva las cuestiones económicas que las parejas obtienen antes, durante y después del matrimonio. Existen ciertos lineamientos, sin embargo, que se toman como referencia para establecer los márgenes de la *ratio jurídica* necesaria para enmarcar la validez y la eficacia de este tipo de contrato dentro del entramado legal anglosajón. Al respecto, se yerguen dos precedentes judiciales que justifican lo que acabamos de expresar, y lo circunscribimos a los casos: *Hyman v.*

---

1, 2010, edición en línea: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannex.php?id=806>., pág.: 7; y, Martínez Calvo, Javier, “Los pactos prenupciales en previsión de ruptura. Evolución, clases, validez, límites y eficacia de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho español.” Tesis fin de máster presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España, 2013, pág.: 9.

<sup>3</sup> Cervilla Garzón, María Dolores, “Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado.” 1ra. Edición, Editora Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2013, pp. 131-134.

*Hyman*<sup>4</sup> y *Radmacher v. Granatino*<sup>5</sup>, los cuales trajeron como consecuencia la ponderación universal de la naturaleza contractual y patrimonial de este tipo de acuerdo, así como la evaluación objetiva de la afectación injusta de terceros, como es el caso de los hijos; además, se contemplan los supuestos en que surjan circunstancias desfavorables que atenten contra el bien jurídico de uno de los cónyuges al no mediar una previsión clara y oportuna del infortunio que surja con posterioridad a la celebración de lo pactado (de esta situación o eventualidad futura depende el carácter vinculante de las partes en el acuerdo).

---

<sup>4</sup> Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, pp. 131-134. El caso en especie fue dirimido por los tribunales en el año 1929 y trenzó el andamiaje jurídico sobre las decisiones versátiles en torno a la validez de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Conforme a como se describe el referido litigio, además de la discusión por la validez del acuerdo, se procuraba dejar fuera de aquel la injerencia o escrutinio judicial en ocasión de ruptura conyugal por divorcio y, en tales circunstancias, la esposa recibiría una compensación económica. Una de las condiciones planteadas, sin embargo, resultaba en que la mujer, al cierre de lo negociado en el contrato, no podría divorciarse por una causa determinada de adulterio por parte del marido. Así, surgió subrepticamente el hecho de que el esposo le fue infiel a aquella, y esta logró incoar una demanda en la cual alegaba tal circunstancia y, además, solicitaba, aparte del divorcio, una pensión a su favor y a cargo del marido. El marido, de su parte, solicitó la puesta en escena del acuerdo suscrito entre ambos. El tribunal, en ese sentido, evacuó una sentencia en donde proscibía el hecho de que no se le podría impedir a uno de los cónyuges solicitar una pensión alimenticia para tal finalidad. Tal disposición surgió por mandato del juez al este querer proteger a la esposa y salvaguardar, por igual, a la afectación de terceros, al tiempo de precisar que estos acuerdos no son considerados de cumplimiento obligatorio. Al respecto, consultar, también, a Labadie Jackson, Glenda, “Los requisitos de validez de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial y su eficacia ex post.” Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2013, p. 67; y, de igual modo, a Gaspar Lera, Silvia, “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés: Validez, eficacia y discrecionalidad judicial”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, ISSN-E 1698-739X, núm. 3, Barcelona, España, julio 2012, pp. 20-22.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 4-8. Y, en ese mismo tenor, véase Labadie Jackson, Glenda, *op. cit.*, pp. 68-69; y a Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, pp. 139-143. El sonado caso de *Radmacher v. Granatino*, 20 de octubre de 2010, el Tribunal Supremo del Reino Unido logró pronunciarse sobre el contenido pactado por los consortes en cuestión, y el señor Granatino obtuvo 5.5 millones de libras esterlinas. La sentencia equiparó la situación, al determinar que el acuerdo no fue dado en un idioma en que aquel entendiera con exactitud (porque fue otorgado en Alemania y en el idioma alemán, exactamente, cuatro meses antes de contraer nupcias, y en escritura pública. Decidieron, asimismo, que el sistema jurídico a regir los efectos legales del indicado contrato sería el Derecho alemán; además, optaron por el régimen legal de separación de bienes del Código Civil alemán [BGB], y excluían, en ese tenor, al régimen legal de — carácter supletorio— comunidad de gananciales) los efectos y el objeto contractual que había de ser pactado, por lo que se entiende que no primó una asesoría eficaz e independiente; y que este no tuvo, asimismo, un acceso adecuado a la información económica-financiera-patrimonial de lo que contara la esposa en su haber, al momento de la confección y firma del contrato. También, no se logró prever la posibilidad del nacimiento de los hijos (la afectación de terceros), ni la posibilidad, en caso de que existieran circunstancias sobrevenidas que pudieran afectar el bien jurídico de uno de los esposos, de la obtención de una pensión compensatoria o alimenticia en ocasión de separación y posterior carencia económica. La esposa, de su lado, obtuvo la guarda y custodia de las dos hijas procreadas en el matrimonio.

Asimismo, los referidos casos permitieron, igualmente, la publicación de un documento que recoge en esencia una serie de posturas técnico-legales y sociológicas sobre las circunstancias que han de ser tomadas en cuenta a la hora de realizar y analizar los acuerdos en cuestión: caso de los requisitos básicos y generales de contratación; la escritura del contrato; el manejo adecuado de informaciones de ambos cónyuges sobre sus estados o condiciones financieras y patrimoniales en sentido general; y la asesoría “legal e independiente de las partes sobre los efectos del acuerdo”<sup>6</sup>. Cabe precisar, que la celebración del señalado acuerdo no se encuentra condicionado o supeditado — expresamente— al cumplimiento de un término o plazo en específico. Sin embargo, otros autores manifiestan que para la determinación del tipo contractual y el tiempo prudente que debe mediar para la concepción de estos, se deben diferenciar tres momentos en torno a la concreción del objeto pactado, por ejemplo: aquellos que son celebrados antes del matrimonio (los acuerdos prenupciales); los realizados en constante matrimonio, caracterizados por la previsión anticipada de la “crisis conyugal” (los llamados acuerdos postmatrimoniales); y los acuerdos que logran prever la ruptura conyugal, que se producen entre los cónyuges cuando se ha dado ya el rompimiento o la separación del vínculo afectivo entre los consortes (los mencionados acuerdos de separación<sup>7</sup>).

El lapso comprendido entre la celebración del acuerdo y la ceremonia nupcial es determinante para la admisibilidad del convenio realizado entre los futuros esposos, en razón de que “el momento del otorgamiento” encamina a divisar el modo en que fue dado el consentimiento por aquellos, con lo cual se procura evitar que exista una influencia indebida de una de las partes con relación a la otra; y que de esta manera primen las garantías oportunas para determinar que el consentimiento haya sido dado en las mejores de las condiciones, que exista un plano de posturas coyunturales que proyecten circunstancias de igualdad entre los interesados en la fase contractual, para que, de este modo, no se genere un desequilibrio en las bases económicas del matrimonio, y no se afecte un derecho fundamental de uno de los cónyuges y parte

---

<sup>6</sup> Gaspar Lera, Silvia, *op. cit.*, pp. 20-22.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 8-11.

interesada en la esfera contractual. Tales contratos disfrutaban de un matiz jurídico reservado —único y exclusivamente— a la sombra jurisprudencial de los tribunales ingleses por tratarse de pactos que exhiben un alto nivel de importancia en materia de orden público<sup>8</sup>.

Y es que dichos convenios, por lo tanto, eran tildados y vistos como una afrenta al orden moral e institucional establecido en la sociedad británica. A razón de esto, los acuerdos prenupciales en previsión de ruptura eran considerados nulos de pleno derecho por contravenir la moral, el orden público y las buenas costumbres, porque se entendía que la aplicabilidad de los mismos traían como consecuencia el incumplimiento paulatino de los deberes convivenciales en una relación de parejas<sup>9</sup>; mas no así para los acuerdos de separación conyugal que, por el contrario, sí eran admisibles, y tenían por particularidad una naturaleza jurídica de índole contractual, y desplegaban ciertos efectos de carácter vinculante entre las partes envueltas en el proceso de negociación familiar. Así, por ejemplo, lo afirma Gaspar Lera, al señalar que “este tipo de acuerdos se le atribuía —en sede jurisprudencial— naturaleza contractual y quedaban sujetos, por tanto, a las reglas generales de los contratos”<sup>10</sup>.

Sin embargo, el movimiento social y la comunidad jurídica imperante exigían al unísono, al sistema jurídico inglés, la aceptación e incorporación de estos acuerdos, de esta novedosa e innovadora figura jurídica, que trajo como resultado grupos de trabajos realizados durante el año 2009<sup>11</sup>. Se esgrimieron entonces posturas técnico-legales y

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 16-19; y Ginés Castellet, Núria, “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos preruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, Madrid, España, septiembre 2011, p. 2.579.

<sup>9</sup> Acerca de las referidas circunstancias, véase *Cocksedge v. Cocksedge (1844)* 14 SIM 244; 13LJ ch 384, citado por Gaspar Lera, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 8-11.

<sup>11</sup> Producto de los inconmensurables esfuerzos de querer regular lo vertido y tratado en los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, en Inglaterra se realizaron ingentes estudios, en materia comparada, con el objeto de evaluar la posibilidad de incorporar dichos acuerdos en un referente normativo que procurara su validez. Es tan así que se realizaron y conformaron grupos de trabajos para madurar el tema y obtener como resultado un bosquejo que brindara aliento de superación, tanto a la comunidad jurídica como a la sociedad en general, mediante un ensayo o informe (realizado por la *Law Commission* en el año 2009) que aglutinaba las sugerencias y recomendaciones de la admisibilidad, en cuanto a su validez, de los pactos en cuestión en el Derecho inglés, así como una propuesta tangible de

sociológicas que brindaron un marco de referencia magistral, con una serie de principios que alineaban y estandarizaban los esquemas de requerimientos elementales para dotar de plena libertad a las partes (autonomía de la voluntad) en circunstancias de contratación, así como la validez y admisibilidad del resultado propuesto como entidad autorreguladora en el seno matrimonial de aquellos.

#### II.1.1.2 Derechos alemán y holandés.

Los acuerdos prematrimoniales en la jurisdicción alemana son válidamente admisibles en los casos en que los contrayentes opten por renunciar a la compensación por desequilibrio económico. Tal operación técnico-legal se realiza mediante un pacto, con carácter expreso, incorporado como contenido en sede capitular, es decir, insertado en capitulaciones matrimoniales<sup>12</sup>. Se permite, por tanto, que los futuros contrayentes puedan renunciar (de manera anticipada) a la pensión compensatoria. De igual manera, los consortes pueden elegir el régimen legal del matrimonio que más se les ajuste y adecue a sus necesidades, así como prevenir los escenarios que alteren la estabilidad del lazo conyugal de estos (el art. 1.408 del Código Civil alemán, en lo adelante, BGB, lo prevé así)<sup>13</sup>.

---

un marco regulatorio a tal efecto. Al respecto, ver Labadie Jackson, *op. cit.*, p. 67, específicamente, en el pie de página 113, en donde la autora muestra cómo se llevó a cabo el proceso referido.

En ese mismo orden de ideas, con discrepancias de fechas, otros autores indican que fue en enero de 2011 cuando la *Law Commission* publicó el informe mencionado, y que este contenía la esencia de los '*Marital Property Agreements*', cuyas directrices internas establecen que "en el futuro un acuerdo celebrado entre los esposos, antes o después del matrimonio, no sea contemplado como un pacto prohibido o contrario al orden público, por el hecho de que se ocupe de las consecuencias de una futura separación, divorcio o disolución." Para una mayor idea al respecto, ver el Manual de Políticas: '*Marital Property Agreements*', específicamente la página 136, citado por Ginés Castellet, Núria, *op. cit.*, p. 2.579.

<sup>12</sup> Gaspar Lera, Silvia, "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad," en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXIV, fascículo 3, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 2011, p. 1.054; ver, por igual, a Cervilla Garzón, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

<sup>13</sup> El sistema jurídico alemán regula, tácitamente, los acuerdos prenupciales en previsión de ruptura — otros consideran que no está regulado pero que sí se hace una mención indirecta de esta—, en el artículo 1.480, numeral 2, del BGB, y que permite a los futuros cónyuges pactar en torno a la renuncia anticipada

En la mayoría de los casos, dicha admisibilidad viene respaldada por un umbral legislativo que provee la igualdad jurídica entre las partes, con la finalidad de que las mismas puedan celebrar acuerdos privados que consignent los deberes y derechos que a ambos les asisten y que, a su vez, se les posibilite satisfacer sus necesidades e intereses conforme a la voluntad manifiesta de los interesados. La jurisprudencia, en consecuencia, se ha hecho sentir y el tema ha ido cobrando fuerza, de manera que la instancia más elevada de la justicia (el Alto Tribunal Alemán) ha fijado su posición validando las celebraciones de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Las acciones del legislador, por el contrario, no se ha decantado en la elaboración firme de una regulación nominal y expresa que reglamente el uso y el tratamiento adecuado de esta figura jurídica<sup>14</sup>. No obstante, la doctrina especializada en el tema se ve ampliamente dividida en cuanto al criterio adoptado por el legislador, y algunos manifiestan que, por el contrario, este fue cauto al permitir que los contrayentes, valiéndose de lo dispuesto en el precepto legal 1.408 del señalado código, pacten acuerdos en donde se disponga el deber —en igual, mayor o menor medida— sobre alimentos con posterioridad a la celebración del divorcio. En ese sentido, no se logra intuir de antemano que tales acuerdos se celebren bajo los supuestos de que se quieran prevenir únicamente riesgos en ocasión de crisis matrimonial. Algunos autores, en ese

---

de la pensión compensatoria, previo al advenimiento de la fecha nupcial y la concreción del matrimonio. Véase Labadie Jackson, *op. cit.*, p. 66.

Asimismo, el derecho alemán, además de permitir que partes interesadas puedan acordar la renuncia anticipada de la pensión compensatoria, o el deber de alimentos tras la ruptura del vínculo matrimonial (por la vejez o por la incapacidad de realizar una actividad o profesión que genere algún tipo de lucro o rentabilidad), permite que aquellos recaigan sobre aspectos personales (situación de los hijos nacidos dentro del matrimonio: guarda o custodia de éstos; deberes conyugales entre los contrayentes, o cualquier otro derecho que pueda verse afectado por el radio de acción en ocasión de la ejecución plena del instrumento jurídico enarbolado para los fines propuestos). Todo lo descrito con anterioridad es posible en virtud de lo consignado en los artículos 1.585, literal c)-, y 1.587 del BGB, los cuales facultan a los futuros esposos convenir lo ya referido. Empero, para que sean válidos los acuerdos prenupciales que pretenden regular la renuncia a la pensión compensatoria, no se podrá producir el divorcio entre las partes dentro del plazo de un año, contados a partir desde la celebración del pacto en sí (art. 1.408, numeral 2, del BGB). Igualmente, se dispone, por mandato jurisprudencial —sentencia del *Bundesverfassungsgericht* del 6 de febrero de 2001— que, en circunstancias favorecidas, las partes deben realizar un empalme o rectificación al pacto suscrito por ellos, y el resultado de tales acciones debe ser fiscalizado y sometido al control judicial. Para ampliar más al respecto, véase a Ginés Castellet, Núria, *op. cit.*, p. 2.578.

<sup>14</sup> Pinto Andrade, Cristóbal, “La genérica validez de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, ISSN 1139-5168, núm. 49, 2010, p. 66.

tenor, como es el caso de García Rubio, indican que la renuncia al derecho de recibir alimentos no tiene que ser exclusivamente previo al surgimiento de la crisis conyugal, lo que nos permite inferir que no existe una prohibición expresa en esa línea que limite el uso objetivo de tal derecho<sup>15</sup>.

En consonancia con lo explicado en el párrafo anterior, es oportuno indicar que a la sazón de un acuerdo prenupcial en previsión de ruptura que regule el modo y la forma en que el derecho de alimentos debe ser invocado, el ordenamiento jurídico alemán preceptúa que las partes deben labrarse por sí mismas el sustento económico de manera indistinta, o sea, que no existe la obligatoriedad expresa de que uno de los cónyuges deba cumplir o resarcir al otro en circunstancias de que aquel se encuentre en estado de vulnerabilidad económica, o que no pueda realizar una actividad, de acuerdo a sus posibilidades, con peculiaridades lucrativas que viabilicen su modo de subsistencia. Y solamente cuando no exista disponibilidad de medios concretos que permita el sostenimiento de este, entonces opera una especie de “pretensión de alimentos frente al otro cónyuge”, que viene normado y estructurado por otras disposiciones legales. A tal medida en el Derecho alemán se le denomina “el principio de la autorresponsabilidad”<sup>16</sup>.

Habida cuenta de los escenarios que confluyen al momento de concebir la esfera contractual de un pacto prenupcial, existen, a tal efecto, ciertos límites que inciden directamente sobre la validez y la admisibilidad de los pactos antedichos. Y es que, como característica propia del Derecho continental, la validez de estos acuerdos va a depender “del contenido de lo pactado”, cuando estos sean contrarios al orden público, o si los mismos son inversamente proporcionales al interés jurídico de una de las partes,

---

<sup>15</sup> García Rubio, María Paz, “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LVI, fascículo 3, 2003, p. 1.654.

<sup>16</sup> El principio de la ‘*autorresponsabilidad*’ se encuentra preceptuado en el artículo 1.569 del BGB, el cual consiste en el esfuerzo que debe cada quien (cada uno de los consortes) realizar por sí mismo para lograr su propio sustento. Y cuando no fuera posible que uno de los cónyuges pueda solventar sus gastos de manutención, entra, entonces, en escena, tan solo en ese caso, la pretensión de alimentos de un cónyuge con respecto al otro. Para ampliar mayor información, Cfr. Lamarca Marqués, A. Marcial Pons, 2008, citado por Rubio Gimeno, Gemma, “Autorregulación de la crisis de pareja (una aproximación desde el Derecho Civil Catalán), s/e, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, España, 2014, p. 21.

como sucede, por ejemplo, cuando uno de los cónyuges padeciera de cierta condición psíquica inferior al otro con quien negocia o estipula<sup>17</sup>.

De su lado, el Derecho holandés permite la celebración expresa de un acuerdo prenupcial en previsión de ruptura matrimonial entre los futuros contrayentes. El precepto legal que cobija sobradamente los acuerdos prenupciales en el ordenamiento jurídico en cuestión, se encuentra albergado en el artículo 114 del Código Civil holandés (BW), en lo adelante BW, el cual reza: “Los acuerdos prenupciales pueden ser celebrados por los futuros esposos tanto antes de la celebración del matrimonio como posterior a este”<sup>18</sup>. El mismo puede redundar sobre el régimen jurídico matrimonial que va a regir la relación patrimonial y familiar de aquellos con respecto a la institución del matrimonio. Este debe ser otorgado en escritura pública, y debe estar acorde con todos los requerimientos (requisitos elementales de forma y fondo de los actos jurídicos) exigidos por ley, debido a que el mismo debe ser inscrito en el Registro Civil para darle publicidad registral y brindarle el carácter de oponibilidad a terceros. Así, la inscripción registral del documento destaca el efecto vinculante de los consortes, además de que, a partir de tal acción, comienza a surtir los efectos jurídicos correspondientes de cara a la sociedad en general.

El acta notarial, sin embargo, permite a las partes decidir sobre la suerte de los bienes previos, de aquellos que se obtuvieron durante el matrimonio y de los posteriores a la concepción de este. Asimismo, existe por ley la posibilidad de que las partes puedan convenir o pactar acuerdos prenupciales en previsión de ruptura previos al matrimonio;

---

<sup>17</sup>García Rubio, María Paz, *op. cit.*, p. 1.668.

<sup>18</sup> Traducción hecha por el autor. En lo adelante, en el caso de que se aprecie la sentencia: “traducción hecha por el autor”, nos referimos a las traducciones extraoficiales realizadas por nosotros, con la única finalidad de facilitar la comprensión del presente escrito, sin pretensión de oficialidad alguna.

Por otro lado, el artículo 121-1, del Libro I (BW), alberga la posibilidad de que en las capitulaciones matrimoniales puedan consignarse los pactos en previsión de ruptura matrimonial. No obstante, mediante el otorgamiento de dichos acuerdos no puede alterarse o modificarse la base económica-estructural del régimen legal del matrimonio, y más cuando estos tienen relación con normas de carácter imperativas, con la moral o el orden público. En igual sentido, las partes, en la sede del pacto que nos ocupa, no pueden matizar o excluir el derecho de la responsabilidad parental, así como tampoco lo relativo a los derechos que le asisten a un cónyuge supérstite (art. 121-3 BW). Ver Serrano de Nicolás, Ángel, “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, en AA.VV., *El nuevo derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, 1ª Edición, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, España, junio, 2011, p. 371, específicamente, pie de página núm. 101.

aquellos pueden, también, llevarse a cabo en constante matrimonio e, igualmente, pueden celebrar un pacto prenupcial en previsión de ruptura cuando ya se ha dado o advertido la condición de crisis matrimonial. Bajo estas esferas circunstanciales, los cónyuges, en cualquier momento de la vida conyugal, pueden dispensar los acuerdos que entiendan pertinentes en torno a la suerte de los bienes muebles e inmuebles de la relación matrimonial.

No obstante, dentro de las últimas actualizaciones que se les hiciera a la Ley de matrimonio en enero del año 2009, destaca en particular la sección 42, cuya modificación dotó a los futuros esposos de herramientas jurídicas para llevar a cabo un acuerdo prenupcial que procure administrar y disponer de los bienes existentes o bienes futuros frente a la institución matrimonial. Mediante de dichas modificaciones, los cónyuges pueden ahora acordar en la sede de un pacto que los bienes que posean o adquieran antes, durante o después del matrimonio, conlleven el sello de “propiedad individual”; es decir, que estos queden exentos de una división patrimonial (propiedad separada).

El referido acuerdo, de igual forma, tiene la característica de que se puede realizar previo al matrimonio, con la limitación expresa de disposición sobre uno de los bienes de un cónyuge en particular, o sobre la universalidad de los bienes muebles e inmuebles de ambos consortes. Existe, asimismo, un tiempo limitado de ejecutoriedad del señalado acto jurídico, contado a partir de la inscripción registral del acuerdo; así como la referencia de que, en ocasión de muerte, el cónyuge superviviente puede optar por ignorar las limitaciones que se expresaron al tenor de la celebración del contrato. Este último puede ser medianamente beneficiado, en caso de existir hijos herederos. Y para argüir la validez del acuerdo, se toma en cuenta que el mismo haya sido expresamente pactado entre las partes<sup>19</sup>.

Los pactos prenupciales pueden celebrarse también entre parejas que no tienen una relación conyugal estatuida sobre las bases del matrimonio; o sea, que estos pueden

---

<sup>19</sup> Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, p. 19, específicamente el pie de página número 1. La traducción de lo anteriormente expuesto, es obra particular del autor del presente estudio. Se realiza como una forma de facilitar los medios de lectura y comprensión del contenido de la obra citada.

celebrarse entre parejas de hecho. A este acuerdo se le denomina *'Het geregistreerd partnerschap'* (es un estatus social que goza de las mismas características propias de una relación matrimonial, y que despliega, por igual, los mismos efectos jurídicos ante la sociedad en general. Al ser registrada dicha relación conyugal ante el Registro Civil, permite a las partes tener una relación formal con todas las atribuciones y singularidades legales de rigor). De igual forma, las parejas de hecho o aquellas que viven bajo concubinato pueden celebrar otro convenio de carácter oficial, y ante notario público, que se denomina *'Samenlevingscontract'*, el cual consiste en estipular o convenir detalladamente cuáles bienes muebles e inmuebles las partes tienen en sus activos, y de qué manera los consortes pueden disponer o liquidar el patrimonio señalado en caso de que uno de ellos fallezca.

Con relación a las modificaciones o cambios que los consortes quieran realizar a lo ya pactado y, sobre todo, cuando las mismas han sido concebidas en constante matrimonio, deben estos contar con la autorización expresa proveniente de un juez, para que valide las pretensiones dispensadas por aquellos en un nuevo contrato. En ese sentido, la injerencia de la judicatura obedece al hecho, en principio, de verificar el libre consentimiento de las partes, así como determinar en esencia el contenido de la convención objeto de la negociación jurídico-familiar<sup>20</sup>. Mientras tanto, los acuerdos permitidos entre las partes, sin una intervención directa del juez, son aquellos que disponen libremente de los aspectos económicos relacionados con la pensión o compensación económica-alimenticia cuando una de las partes, posteriormente a la ruptura, entre en un proceso de circunstancias desfavorecidas y no pueda asistirse así misma. Se negocia, principalmente, todo lo relacionado con la renuncia anticipada de esta, el monto a ser fijado y el modo en que debe ser desembolsado. Tales extremos circunstanciales son posibles gracias a lo que el derecho holandés denomina *'machtspositie'*, que no es más que la posición dominante de uno de los cónyuges en la

---

<sup>20</sup> El fundamento legal que regula los acuerdos prematrimoniales se encuentra previsto en el artículo 117 del BW y el artículo 39 lid 1, los cuales detallan abiertamente la autorización oficial que debe ser emitida por un juez al momento de fijar posición sobre el control judicial en ocasión de fiscalización y supervisión del contenido pactado por los cónyuges.

relación matrimonial, y que viene atada a la condición económica que exhibe uno de estos<sup>21</sup>.

Por último, se precisa la labor del abogado y del notario público en el sistema jurídico holandés con relación a los pactos en cuestión. Los mismos deben brindar, en primer plano, una asesoría diligente, efectiva, clara y oportuna sobre el contenido del acuerdo que las partes quieren convenir, a los fines de que estas entiendan los efectos jurídicos que pueden originarse de la ejecutoriedad de lo convenido, así como externar las consecuencias que pueden acaecer toda vez que incumplan o reproduzcan injustamente lo allí otorgado. De igual manera, lo que se procura con la participación de ambos letrados es que exista un flujo de información correcta y una asesoría vivaz sobre los aspectos —económicos y personales— que las partes pretendan y deseen pactar, a los fines de que el acuerdo suscrito por ellos no logre devenir, posteriormente, en nulidad e ilicitud.

Además, la ley le brinda al notario un papel estelar que, en ocasión de crisis matrimonial, este pueda servir de ente mediador en aras de prevenir los riesgos de una inminente ruptura matrimonial, previo al acceso de la justicia ordinaria<sup>22</sup>. Pues, es una

---

<sup>21</sup>Mourik, M. J. A. van y Karstens-van Halsema, H.M., “Huwelijksvermogensrecht M/V, Koninklijke Notariële Broederschap”, Kluwer, Deventer, Nederland, 26 september 1987, p. 52. N. del A.: El sistema jurídico holandés permite que las partes, en la sede de un pacto prenupcial, puedan disponer libremente de los extremos o elementos de mayor interés que repercuten directamente en la institución matrimonial, pero sin la intervención directa de un juez. Vale, simplemente, con que las partes sean asistidas por un letrado que, en la mayoría de los casos, coincide con la imagen del Notario Público. Cualquier eventualidad que se suscite con relación a la aplicabilidad o el cumplimiento de lo pactado en el acuerdo, le corresponde al Escribano que elaboró el mismo dirimir el conflicto acaecido entre las partes. Ahora bien, la intervención del juez ocurre cuando el conflicto presentado subsiste, y el responsable de la elaboración del pacto —en este caso el letrado especializado o el Notario Público— no haya podido dirimir los aspectos negativos que se desprenden como consecuencia de la ejecución de lo pactado. Y es ahí, entonces, cuando entra en escena la fiscalización y el arbitrio por parte de un juez apoderado para tales fines. Es oportuno aclarar que el sistema en cuestión procura que las partes puedan autorregular, de forma alternativa, sus propias necesidades e intereses en la sede de un pacto convencional. Y que, por disminución de costos y por evitar la congestión de la justicia, la figura del juez logre situarse al margen de la confección del acuerdo. De ahí que exista una satisfacción permanente de las necesidades e intereses de las partes envueltas en la negociación de un acuerdo de este tipo.

<sup>22</sup>Hidma, Z.R. y Duijverndijk-Brand, J. van, “Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict”, Koninklijke Vermande B. V.-Lelystad, Nederland, 1994, p. 39.

manera instaurada por el sistema con miras a reducir los costos y el tiempo que conlleva dilucidar un caso de esta naturaleza en justicia.

### II.1.1.3 Derecho suizo.

En lo que respecta al tratamiento y la admisión legal de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho suizo, podemos indicar que éstos no se encuentran amparados por disposición legal alguna, que no existe un marco normativo que predique la admisibilidad y el modo de uso de aquellos en torno al sistema jurídico referido. Se dispone, sin embargo, de un reconocimiento tácito producto de las amplias y profundas discusiones que una parte en auge de la comunidad jurídica ha sostenido en ese tenor, así como ciertos pronunciamientos y decisiones jurisprudenciales (sentencias emitidas por el Tribunal Federal en fechas 4 de diciembre de 2003 y 14 de julio de 2005) que han ido engrosando la praxis cotidiana de aquellos con relación a su utilidad jurídica en el ordenamiento procedente suizo. Así, por ejemplo, se preceptúa y prescribe que esos pactos podrían gozar de entera aceptación legal, “como cualquier otro acuerdo de las partes sobre los efectos accesorios del divorcio”<sup>23</sup>, cuando los cónyuges optan por un mecanismo legal alternativo —como el uso de la vía contractual— para procurar una solución inmediata de las diferencias surgidas producto de la ruptura matrimonial. Y, a tal efecto, por un tema de prudencia y buen abordaje de riesgos legales, tales acuerdos o estipulaciones convenidas quedarían bajo la aprobación judicial por parte de un juez durante el “proceso de divorcio”<sup>24</sup>.

La doctrina, igualmente, ha mostrado el respaldo mayoritario a la postura independiente de que las partes puedan optar por soluciones convencionales, y que permita, subsecuentemente, una regulación privada pero eficaz que redunde sobre los efectos legales de la separación matrimonial con relación al patrimonio concebido durante la vida conyugal. He aquí, entonces, un manto superior que abriga la posibilidad de la aceptación práctica de estos acuerdos, al existir un apoyo que permita la evolución

---

<sup>23</sup> Gínés Castellet, Núria, *op. cit.*, p. 2.578, específicamente, en el pie de página número 2.

<sup>24</sup> Gínés Castellet, Núria, *op. cit.*, p. 2.578.

de la contratación privada *interpartes*. Por ejemplo, Sandoz manifiesta que “nada excluye expresamente la posibilidad de que los cónyuges puedan disponer de una convención de mantenimiento o manutención, por ejemplo, en el momento del matrimonio, como sucede, a veces, especialmente en la tradición anglosajona”<sup>25</sup>.

Asimismo, subyace la orden imperativa de que toda convención emanada de la libre autoría de los cónyuges, en condiciones de querer autorregular sus extremos patrimoniales, quede bajo el ámbito de las “consecuencias patrimoniales del divorcio”<sup>26</sup>; de modo que, el acuerdo en sí, se limita y reduce a los efectos legales desprendidos del proceso de separación. Y, por tanto, la regulación de los efectos de la ruptura queda completamente supeditada a las cláusulas dispensadas por aquellos, pero al margen de lo ya dispuesto por sentencia de un tribunal; es decir, que lo acordado por los cónyuges se toma en cuenta como modelo de ponderación para determinar las circunstancias que primaron en el proceso de la crisis matrimonial. Pero, lo externado en el acuerdo tendría una función únicamente accesoria a la sentencia que se pronuncie sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio. Por lo que la sentencia se basta por sí sola, sin la intervención extraoficial de lo pactado por los consortes.

La doctrina ha sido certera y constante sobre la solicitud inmediata de un marco legal que permita la regulación expresa de estas convenciones con anterioridad al matrimonio, para que, por demás, las partes puedan sentir un alivio respecto al vacío legal existente, y para que aquellos puedan manejarse en la esfera contractual con ciertos límites de referencia<sup>27</sup>.

#### II.1.1.4 Derecho italiano.

---

<sup>25</sup> Sandoz, “Commentaire au artículo 111 CC” en *Picchonnaz-Foëx (édits.), Commentaire Romand. Code Civil I (art. 1-359 CC)*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, p. 768, citado por Ginés Castellet, Núria, *op. cit.*, p. 2.578. Traducción hecha por el autor, GR.

<sup>26</sup> Véase Arnaud, “Planification du divorce et conventions”, en *Pratique juridique actuelle*, 2007, pp. 1.241-1.251; e, igualmente, a Pichonnaz, *op. cit.*, pp. 1.057 y 1.058, ambos citados por Ginés Castellet, Núria, *op. cit.*, p. 2.578, específicamente, en el pie de página número 2.

<sup>27</sup> Arnaud, *op. cit.*, p. 1.251.

Por otro lado, en cuanto al sistema jurídico italiano, podemos señalar que, por el contrario, se da un tratamiento completamente distinto en relación con el abordaje sistemático en justicia de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Esto obedece a que, a mediados y finales del siglo XIX, el ordenamiento legal italiano padeció sendas modificaciones significativas en el proceso de regulación. Y como producto de ese movimiento transformador quedaron de lado aquellas vetustas y anacrónicas disposiciones legales que, en su momento, pertenecieron a la circunferencia jurídica que abarcaba todo el entramado del derecho continental de la época (nos referimos al marco legal preestablecido por el “Código Civil napoleónico”). De tal forma, se abrogó la predeterminada preferencia por el sistema de comunidad de bienes, que caracterizaba a la base jurídica del matrimonio de los italianos; en cambio, se logró concebir una base más abierta al introducir, por mandato legal del Código Civil italiano (en lo adelante, CCIta.), del año 1865, “el régimen legal de separación de bienes”, lo que condujo a los contrayentes nupciales, acorde con su voluntad, a poder variar las situaciones jurídicas del régimen legal dotal. Posteriormente, con la implementación del nuevo Código Civil de 1942, se permitió a los consortes elegir y determinar el régimen matrimonial que habría de imperar en su relación, mediante celebraciones de convenciones matrimoniales; siempre y cuando las mismas no logran contravenir lo pautado legalmente en aquel sistema.

En ese sentido, pudiendo las parejas elegir entonces el tipo jurídico que debía regular sus relaciones patrimoniales y económicas-financieras en el matrimonio (los modos existentes en aquel momento: régimen dotal, régimen de comunidad de bienes y régimen de patrimonio familiar), los cónyuges podían escoger —indistintamente— uno de los regímenes matrimoniales consignados por ley, *so pena* de que, en caso de no elegir una de estas condiciones disponibles, operaba de pleno derecho el régimen legal de comunidad de bienes<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

El modo o la forma de escritura en que tendrían que otorgarse los acuerdos que se pronunciaran sobre el caso en especie debía ser en escritura pública; y tenía, igualmente, como requisito *sine qua non*, que tendría que realizarse previo al matrimonio<sup>29</sup> (art. 159 de la reforma hecha al CCIta. de 1942).

Sin embargo, más adelante, hacia el año 1975, se aprobó la Ley 151, la cual introdujo cambios adicionales e interesantes al compendio legislativo mencionado. Esta última reforma trajo como consecuencia un sistema más específico y determinado en relación con el carácter supletorio del código, y colocó expresamente que el régimen legal subsidiario por norma sería el de comunidad de bienes; y estableció como régimen convencional (aquel que puede ser pactado por interés electivo de las partes) el de separación de bienes. Se permite, en ese orden, que se continúe utilizando como mecanismo efectivo de contratación las capitulaciones matrimoniales; y se excluye, sin embargo, el régimen dotal —que se declara nulo expresamente— y el de patrimonio familiar. De igual forma, se conserva el derecho de poder autorregular las relaciones patrimoniales en virtud del interés fidedigno de las partes, pero con una marcada y pronunciada utilidad práctica del derecho de igualdad de los consortes, así como el principio de transparencia sobre el acceso a la información patrimonial de ambos contrayentes.

La indicada reforma en el párrafo anterior incorporó, asimismo, el “fondo patrimonial y la empresa familiar”<sup>30</sup> para proteger y velar por el derecho de la conjugación de las sociedades de carácter familiar.

No obstante, y siendo más específico en este periplo, pese a los innumerables intentos anteriormente descritos, los pactos prenupciales en previsión de ruptura matrimonial no han sido regulados ni consignados expresamente en ninguna normativa de carácter sustantivo. Se ha alzado la voz, en ese tenor, desde el punto de vista doctrinal, en defensa de la validez y admisibilidad-utilidad de este tipo de contrato como ente canalizador de las pretensiones de los futuros cónyuges, en pos de una relación jurídica-

---

<sup>29</sup> Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

<sup>30</sup> Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

patrimonial-económica que enmarque en un sistema conexo las circunstancias favorables o negativas que aquellos puedan advertir con antelación a la crisis matrimonial<sup>31</sup>. Además de la doctrina, se han realizado otros movimientos con tendencia reformadora desde el seno jurisprudencial, para poner en perspectiva cómo han de instrumentarse los referidos acuerdos para su correcta admisibilidad en el ámbito jurídico. A nuestro modo de ver, dichas acciones se realizan quizá debido a la posición reacia del legislador al no querer ofrecer un instrumento legal que permita la regulación efectiva de aquellos.

En ese sentido, la *Corte di Cassazione* italiana ha mostrado inicialmente, pese a lo señalado, algunas posturas de discrepancia sobre la admisibilidad de los acuerdos en cuestión, porque ha sido objeto de sendas discusiones sobre la finalidad del uso de aquellos, y porque se esgrime la idea de que, en esencia, estos son amorfos y procuran socavar las bases de la institución matrimonial, pues los consideran como algo que atenta contra el orden público instaurado en la sociedad y la perpetuidad de la familia mediante el matrimonio: “el lazo jurídico conyugal de la estructura familiar”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Gaspar Lera, Silvia, *op. cit.*, p. 1.044; también, García Rubio, María Paz, *op. cit.*, p. 1.654, y Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

<sup>32</sup> Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, pp. 26 y 27; ver, por igual, a Martínez Calvo, Javier, *op. cit.*, pp. 19 y 20; Oberto, Giacomo, “Prenuptial agreements in contemplation of divorce e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale”, en Ruscello, Francesco (Coord.), *accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 105-180, citado por Labadie Jackson, Glenda, *op. cit.*, p. 66; y a Ginés Castellet, Núria, *op. cit.*, p. 2.579. Asimismo, existe una exclusión expresa de todo acuerdo que logre consignar la renuncia anticipada, a modo de prevención, de “la compensación por desequilibrio económico, o a la compensación por el trabajo para la casa”. Todo ello porque se concibe y entiende que, jurídicamente hablando, tales acuerdos podrían crear un menoscabo a una de las partes del matrimonio, cuando esta haya padecido un daño directo, psíquico-emocional, y no pueda incorporarse, ulteriormente, al desarrollo normal de sus labores tras una separación matrimonial. Y coloca en contexto la situación de aquella persona que haya renunciado a la labor productiva (como es el caso de la mujer) para dedicarse a los quehaceres domésticos y el cuidado de la prole concebida durante el matrimonio. Ante este supuesto, se subraya —categóricamente— que, si una de las partes no pudo advertir, con antelación a la celebración de un pacto de esta naturaleza, situaciones calamitosas o de otra índole, pues estaríamos frente a una circunstancia del tipo moral en que debe operar, automáticamente, un resarcimiento de carácter pecuniario que procure subsanar el perjuicio causado. Igualmente, se sentencian aquellos supuestos en que uno de los contrayentes, al momento de suscribir el acuerdo prenupcial, disfrutara de su máxima expresión y brillantez económico-patrimonial y financiera, y que, por eventualidades posteriores, no previstas en su momento, cambie drásticamente su condición. Entonces, es cuando surge un desequilibrio económico en sede matrimonial que no permitiría el disfrute y el deleite placentero de la unión conyugal en cuestión y posterior a esta. Con lo cual, y para los fines propuestos, es cuando la compensación por desequilibrio económico entra en

Hubieron de pasar algunos años, en cambio, para que la *Corte di Cassazione*, en fecha 3 de mayo de 1984, evacuó la sentencia núm. 2682 que atesora los primeros lineamientos de aceptación de los acuerdos prenupciales en previsión de ruptura en el Derecho italiano. Con la misma se fijó una postura en torno a la admisibilidad y la eficacia contractual de aquellos, y se decidió sobre un caso de un acuerdo prenupcial que tenía por contenido y previsión aspectos de índole económica, el cual fue llevado a cabo por dos norteamericanos residentes en Italia.<sup>33</sup> El caso en especie consistió en la evaluación pormenorizada de las condiciones de validez del acuerdo previsor en cuestión, partiendo de las circunstancias de que el acuerdo como tal había sido concebido en los Estados Unidos, conforme a su legislación; pero que los interesados se encontraban, al momento de la exigencia de cumplimiento del contrato, en Italia. De conformidad con el Tribunal, el acuerdo prenupcial era válido porque había sido confeccionado en correspondencia con la ley nacional que rige la legalidad de este, y por tanto las condiciones pactadas en el mismo se ajustaban al marco legal de Italia (arts. 19 y 20, sobre las disposiciones de la Ley General).

El tribunal explicó, asimismo, que no era necesario aprobar y trasladar las cláusulas del indicado contrato hacia una resolución judicial, porque este entra en el umbral del orden público establecido en el artículo 31 de la Ley común italiana, que regula todo lo relativo al orden público internacional y establece, por igual, los límites de efectividad de los acuerdos celebrados entre extranjeros. Además, refiere la alta corte que el principio de ordenamiento jurídico italiano no puede inmiscuirse en asuntos de este tipo. De ahí que consideró que el acuerdo era válido entre las partes porque el mismo no era “contrario al orden público internacional.”<sup>34</sup>

Por último, destaca que la nulidad de un acuerdo preventivo entre cónyuges que pretenden regular las relaciones patrimoniales posteriores al divorcio —refiriéndose al

---

escena, con el objeto de enmendar y suplir aquellas deficiencias surgidas abruptamente. Ginés Castellet, Núria, *op. cit.*, p. 2.579.

<sup>33</sup> Galone, Massimiliano, “I patti prematrimoniali nell’ ordinamento italiano”, 15 mayo 2011, p. 2, edición en línea: <http://www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=2461>. fecha de última consulta: 20-10-2019 (Traducción hecha por el autor, GR); y Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

<sup>34</sup> Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

orden público interno—, solo se aplica a los matrimonios celebrados con arreglo al Derecho italiano y entre ciudadanos italianos.<sup>35</sup>

#### II.1.1.5 Reflexión final sobre el Derecho comparado de la legislación europea.

Ahora bien, al margen de los intentos formidables de uniformidad regulatoria en torno al trato jurídico de estos acuerdos en el derecho continental, se evidencia que aún existe y predomina el matiz acostumbrado de que el matrimonio es el vínculo conyugal que se caracteriza por una esencia cristiana, lo cual dista de la percepción jurídica contractual<sup>36</sup>, y dificulta, a gran escala, que exista un reconocimiento expreso por norma que declare la validez y regule los extremos colaterales de este tipo acuerdo.

El pacto capitular, en cambio, es aceptado libremente en los referidos sistemas jurídicos, porque estos comportan los estereotipos de regímenes económicos matrimoniales afines con la filosofía de la institución matrimonial<sup>37</sup>. Por ello, “la historia de los acuerdos prematrimoniales ilustra la tensión entre la regulación estatal del matrimonio, en una mano, y el orden privado, en la otra”<sup>38</sup>.

No obstante, y como se ha explicado, el Derecho continental europeo, o más bien una parte de este, se ha pronunciado a favor de la admisibilidad de los acuerdos prenupciales en previsión de ruptura, y lo ha hecho bajo el marco de dictámenes jurisprudenciales como fuentes generadoras de derecho. Cuestión esta última que ha catapultado la protección indistinta de la voluntad independiente y expresa de los cónyuges, de realizar contrataciones privadas entre sí o, en su caso, y cuando así

---

<sup>35</sup> Oberto, Giacomo, “Prenuptial agreements in contemplation dei diritti connessi alla crisi conjugale”, Riv. Dir. Civ., 1999, II, p. 171. (Traducción hecha por el autor, GR).

<sup>36</sup> Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, p. 42.

<sup>37</sup> Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, p. 42.

<sup>38</sup> Kats, S. N., “Family Law en America”, Oxford University Press, 2003, citado por Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

prosperare, celebrar pactos preivosores; pero los mismos deben ser otorgados en sede capitular, es decir, que deben ser realizados e insertados en capitulaciones matrimoniales, siempre y cuando, se pretenda elegir el régimen legal que regule la plataforma jurídica del matrimonio<sup>39</sup>.

Hasta aquí lo que corresponde al tratamiento jurídico europeo de los acuerdos prenupciales en previsión de ruptura. Como hemos visto, algunos sistemas jurídicos occidentales han trascendido, por su forma de obrar, en cuanto al proceso histórico de regular y determinar el tipo civil con que se debe evaluar y ponderar la admisibilidad, la validez y la eficacia contractual de estos acuerdos con respecto a su asimilación jurídica y la incidencia de los mismos en el plano social.

Por último, se debe aclarar que la evolución de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho español la trataremos más adelante.

---

<sup>39</sup> Labadie Jackson, Glenda, *op. cit.*, p. 66.

## II.1.2 Legislación americana: EE.UU., Argentina, Costa Rica y República Dominicana.

### II.1.2.1 Derecho estadounidense.

#### a. Evolución y régimen jurídico.

A modo de introducción del presente tema, podríamos precisar que el marco legal estadounidense exhibe una importancia cardinal en cuanto a la evolución y el tratamiento jurídico de los acuerdos prenupciales en previsión de ruptura matrimonial. Dicho sistema ha ido mostrando un avance vertiginoso en materia doctrinal al proporcionar soluciones relevantes a cuestiones jurídicas que se plantean en la sede estructural de este tipo de acuerdos. Se destaca, por lo regular, que gran parte de las aristas contenciosas que se manifiestan a lo interno de la convivencia matrimonial son los activos subyacentes de negociación que figuran como los escenarios de prevención de ruptura entre los consortes.

En ese sentido, abordaremos el marco legislativo que brinda amparo legal a estos pactos, así como la recreación exhaustiva de los límites infligidos a la celebración de este tipo de acuerdos a tenor de la autonomía de la voluntad y, por igual, el reconocimiento implícito existente en torno a esta al situarla en el escenario de la privatización contractual: rigor de ley y orden en la autorregulación de los consortes.

Ahora bien, para entender la filosofía y el modo de regulación de estos acuerdos preventivos, antes deberíamos preguntarnos cuál era el contexto que trajo como resultado la regulación expresa de los acuerdos prenupciales en previsión de ruptura matrimonial en los Estados Unidos de Norteamérica (en lo adelante, EE.UU.), y qué querían las partes regular al hacer uso expedito de este tipo de convención prenupcial.

Para ubicarnos en la sociedad de entonces, empezaremos diciendo que los acuerdos prenupciales en la sociedad estadounidense procuraban regular específicamente situaciones originadas de las relaciones jurídicas-patrimoniales y

económicas de las parejas, en virtud de que aquellas querían prevenir ciertos aspectos que se decantaban por la previsión oportuna de la crisis matrimonial, para que, si se concretaba la ruptura, apareciera consignado de antemano a favor de quién o quiénes quedarían los ajuares y las demás pertenencias del hogar. Ha de remarcar, también, que los señalados pactos previsoros procuraban proteger o blindar el patrimonio directo de uno de los cónyuges cuando este resultara ser más acaudalado económicamente que el otro consorte.

Asimismo, y como ya señaláramos, los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura son de tradición anglosajona, y estos tenían por función resguardar a las familias adineradas que querían salvaguardar los derechos y pertenencias de las hijas en ocasión de que contrajeran nupcias. Posteriormente, y como este tipo de acuerdo tiene una especie de naturaleza netamente contractual y onerosa, lo que allí se regulaban eran aspectos de índole patrimonial<sup>40</sup>; aunque, más adelante, comenzaron a realizarse contrataciones con vistas a legislar elementos de carácter puramente personal, lo cual acarrió ciertas ambivalencias que eclipsaron el buen desenvolvimiento y la finalidad jurídica de los pactos en cuestión.

Así, surgió la necesidad inmediata de buscar ciertos principios normativos que permitieran a los interesados crear un marco regulatorio, basado en la ideología de la contratación privada, que permitiera, a su vez, poder autorregular por sí mismos las circunstancias o extremos en que se vieran inmersos, sin la necesidad de la intervención de un tercero.

A tal efecto, y por el afán de la protección jurídica en cuanto a la igualdad de las partes, así como prestando especial atención a las normativas “jurídico-familiares”, se

---

<sup>40</sup> Anguita Villanueva, Luis Antonio, *op. cit.*, pp. 7-9. Este autor explica la situación de que los acuerdos en previsión de ruptura recaían sobre aspectos de índole económico-patrimoniales, y que tan solo preveían los supuestos de que el vínculo se desvanecía en ocasión de muerte de uno de los cónyuges. Hubieron de pasar algunos años para que se pudieran concebir, a lo interno de este, otro tipo de escenarios o extremos como objeto de contratación. Al respecto, explica que: “...la existencia y reconocida validez de los acuerdos prematrimoniales durante este momento histórico se extendía exclusivamente a los pactos cuyos efectos tenían básicamente contenido patrimonial y a aquellos que se producían constante el matrimonio y que surtían efectos una vez se disolvía el vínculo por premoriencia de uno de los dos cónyuges, si bien nunca para los supuestos de separación o divorcio, que fue una conquista ya del último tercio del siglo XX.” (palabras reducidas y subrayado del autor, GR).

hizo necesaria la implementación y la utilización de compendios legislativos que procurasen preservar la armonía contractual entre los cónyuges, debido al significativo auge que estos acuerdos iban teniendo. En ese tenor, Bix señala que “la utilización de los acuerdos prematrimoniales para regular las relaciones matrimoniales... comenzó a tomar una nueva perspectiva... en la década de los años setenta”<sup>41</sup>.

No obstante, hay que precisar que los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura no eran aceptados enteramente por la jurisdicción ordinaria, porque los tribunales de entonces, entre los siglos XVII, XVIII y gran parte del XIX, entendían que su validez atentaba directamente contra el bienestar familiar erigido en los principios esenciales del matrimonio. Y tan solo eran admisibles en “caso de disolución del vínculo matrimonial por muerte, pero no en caso de disolución por divorcio.”<sup>42</sup> Los pactos previsores, por tanto, eran concebidos como la manzana de la discordia que, por su aprobación y utilización, se encaminaban a desestabilizar la estructura tradicional del modelo familiar.

La intención era, sin embargo, buscar la protección de la unión familiar, desde el punto de vista jurídico, para conservar aquella nomenclatura de la felicidad amparada bajo el cobijo de “la armonía familiar”<sup>43</sup>.

En ese sentido, al existir en la mayoría de los Estados legislaciones diferentes, se permitía, en cierto modo, que las parejas se pasaran de un lugar a otro con tal de salvaguardar o proteger determinados derechos, lo que ocasionaba cierta incertidumbre jurídica a la hora de abordar algunos conflictos suscitados por la ejecución de los pactos en cuestión<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Bix, B.H., “Bargaining in the Shadow of love: the enforcement of premarital agreements and how we think about marriage, 40 William & Mary L. Rev. 145, 148-150 (1998), citado por Figueroa Torres, Marta, “Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura. En España, Estados Unidos y Puerto Rico”, 1era. Edición, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, España, 2015, p. 264.

<sup>42</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, p. 265; y por igual Anguita Villanueva, Luis Antonio. *op. cit.*, pp. 7-9.

<sup>43</sup> Anguita Villanueva, Luis Antonio. *op. cit.*, pp. 7-9.

<sup>44</sup> Anguita Villanueva, Luis Antonio. *op. cit.*, pp. 7-9.

Tras conocerse, sin embargo, tal situación, y por el precedente establecido por los casos *Posner v. Posner*<sup>45</sup> y *Del Vecchio v. Del Vecchio*<sup>46</sup>, se dejó de un lado la visión anacrónica de la invalidez de estos pactos y se dio paso a la homogenización y estandarización de los acuerdos en previsión de ruptura matrimonial en las heterogéneas normativas de cada uno de los Estados, con relación a los requerimientos básicos y mínimos exigidos en cuanto a su “validez y cumplimiento.”

b. Movimiento uniformador de las legislaciones.

La ‘*Uniform Premarital Agreement Act*’ (en lo adelante, UPAA, por sus siglas en inglés) surgió como un esfuerzo mancomunado por varios sectores de la vida nacional americana, producto de una intensa labor por la parametrización, estandarización y la uniformidad legislativa que trajo como resultado varias mesas de trabajo en donde se

---

<sup>45</sup> *Posner v. Posner*, 233 SO.2d 381(Fla., 1970): El caso aludido fue dilucidado por el Tribunal Supremo de la Florida, y consistía en el litigio de una pareja de esposos que habían celebrado un acuerdo prenupcial en previsión de ruptura y se disputaba la validez de este con relación a sus suscriptores. El tribunal entendió que los pactos otorgados por aquellos sí surten los efectos correspondientes, que en nada impide admitir estos con relación al divorcio, y que era posible aceptar la fase de negociación entre futuros esposos, “pudiendo establecer fórmulas para distribución de sus patrimonios una vez aconteciera la disolución en vida de los cónyuges.” No obstante, en tiempos anteriores, se habían declarado inadmisibles otros pactos de igual naturaleza, por el hecho de que se entendía que estos eran únicamente válidos a la luz de que uno de los cónyuges muriera, y que en tales circunstancias era cuando se rompía el vínculo matrimonial. Al respecto, ver Anguita Villanueva, Luis Antonio, *op. cit.*, pp. 12 y 13; Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, pp. 61-63; Labadie Jackson, Glenda, *op. cit.*, pp. 54-56; Martínez Calvo, Javier, *op. cit.*, 10 y 11; y Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, p. 265.

<sup>46</sup> *Del Vecchio v. Del Vecchio* (Fla., 1962): el litigio en cuestión fue llevado a cabo también ante el Tribunal Supremo de la Florida, y tenía por objeto valorar un acuerdo prematrimonial suscrito entre una pareja de esposos, con grandes diferencias de edades entre sí, que se pronunciaba sobre aspectos de carácter sucesorales, en donde el marido, que era rico, externaba su interés de que sus bienes pasaran directamente a sus hijos (hijos que había procreado en el matrimonio anterior). El tribunal, como decisión final, se pronunció a favor de la validez del nombrado acuerdo externando dos argumentos que iban en la siguiente dirección. En primer lugar, se ponderó como bueno y válido el consentimiento externado por ambas partes, resguardado bajo el amparo legal de las normas elementales sobre teoría general del contrato; y, en segundo lugar, que el indicado consentimiento se otorgó tomando en cuenta la información que el esposo había proporcionado acerca de su patrimonio, lo que determinó que la esposa conocía de antemano las consecuencias de su renuncia anticipada. Ver Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, pp. 58-60; Anguita Villanueva, Luis Antonio, *op. cit.*, pp. 12 y 13; y, Martínez Calvo, Javier, *op. cit.*, 10 y 11.

debatieron ideas y postulados que, ulteriormente, sirvieron como doctrina en lo relativo al análisis concluyente, tanto de la fase contractual como sobre el despliegue significativo de los efectos jurídicos de este tipo de pactos. Este instrumento legal, fruto de las discusiones anteriormente señaladas, fue proclamado por la Conferencia Nacional de Leyes Estatales Uniformes (*'National Conference of Commissioners on Uniform State Laws'*, celebrada en el año 1983, en Boca de Ratón, Florida, y que, posteriormente, fue denominada *'Uniform Law Commission'*), la cual arrojó las luces deseadas para conformar el razonamiento crítico-filosófico del tipo de legislación que debía regir a nivel estatal, así como librar los empalmes que se produjeran a tales efectos entre las normativas “plurilegislativas” de los Estados<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Existen algunos Estados que, sin embargo, sí acogieron tales disposiciones en lo relativo a los “requisitos de validez y eficacia”, entre los que se encuentran: 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 y Virginia. Para ampliar más al respecto, véase Ravdin, Linda J., “Premarital Agreements: Drafting and negotiation”, Editorial ABA Publishing, Chicago, IL, 2011, p. 8, citado por Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, p. 265 y ss.; otros Estados, en cambio, lo tienen como referencia de principios dogmáticos, mas no como legislación a aplicar. Algunos Estados muestran su reticencia en cuanto a la admisibilidad de estos acuerdos, porque tienen ciertas convicciones religiosas que sobreprotegen la institución familiar y, por consiguiente, el matrimonio. Entre las modalidades que llaman poderosamente la atención, por el tipo de disposición legal que impera en circunstancias en donde predominen matrimonios convencionales (*'no fault divorce'*), que son aquellos que no requieren de una causa elemental para solicitar la separación o el divorcio matrimonial; y, los del otro lado, los denominados matrimonio-alianza (*'covenant marriage'*) o matrimonio con pacto, los cuales requieren un mayor escrutinio basado en la ley, tanto para su concepción como para su disolución. Este exige, por normativa, que al momento de invocarse el divorcio deben acontecer ciertas conductas que entren en el umbral de conductas culposas, y deben ser tasadas por la ley. (Este tipo de sistema normativo, tan especial, ha encontrado apoyo solo en ciertos Estados, como son: Luisiana, Arizona y Arkansas). Ante tal cuestión, los Estados abrigaron la premisa de eliminar algunas estipulaciones que se pronuncien expresamente sobre la prohibición de que uno de los futuros cónyuges prive o restrinja el derecho de incoar una demanda contentiva de disolución por divorcio. Se busca, por el contrario, que exista en los acuerdos privados celebrados entre los consortes el espíritu de igualdad de condiciones, por aquello de que “la solidaridad es el fundamento de la familia.” (Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, *op. cit.*, p. 21). Se apuesta, por tanto, a la posición ganar/ganar como germen de satisfacción de sus necesidades. No obstante, en los supuestos en que existan clausulados de esta índole, surge la cuestión supletoria de que los mismos sean apartados del acuerdo y persisten, en cambio, las demás obligaciones que afecten o se consignen sobre otros rubros o aspectos sustantivos, elementos generadores de derechos y obligaciones, que se encuentren acorde con la ley y el orden público, indistintamente de que exista el “divorcio culposo” o la conjugación de otro sistema. En consecuencia, las jurisdicciones ordinarias deben aplicar “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.” Ver Ravdin, Linda J., *op. cit.*, p. 112, citado por Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, pp. 300 y 301. También, Garcimartín Montero, María del Carmen, “propuestas para una mejor regulación del matrimonio”, en García Cantero, Gabriel, *et al.*, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, s/e, Editorial Thomson Aranzadi, Madrid, España, 2007, p. 50; Gaspar Lera, Silvia, *op. cit.*, p. 1.053.

El interés marcado, sobre todo, y dictado por la pieza legal de referencia, se decantaba por proteger y garantizar que los contrayentes puedan —sin ningún tipo de censura— hacer uso de la libertad del consentimiento. Para lograr, de este modo, prever los supuestos en que exista la imposición directa e indirecta de la voluntad de una de las partes con relación a aquella que se encuentre en un estado de vulnerabilidad en sede contractual, ya sea por negligencia oportuna en obtener la información necesaria sobre lo que pretenden pactar; por ignorancia o inacción, al no identificar las posturas que muestren ventajas en la negociación; o porque exista una manifestación expresa (intencional) de las “condiciones contractuales” que una de las partes (unilateralmente) entienda pertinente a su favor y en perjuicio de la otra en la “prestación del consentimiento.”<sup>48</sup>

c. Requisitos de validez y eficacia: *divulgación financiera, el contenido de lo pactado y la asesoría legal independiente.*

Con relación a los requerimientos de validez y eficacia de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho norteamericano, la UPAA logró, tomando en cuenta el radio de exigencia procedimental, asentar la regla de que los acuerdos prenupciales deben ser dados por escrito. Y estableció, asimismo, la disposición de que las partes puedan —en su entera capacidad— negociar y autorregular las circunstancias o situaciones que puedan advertir con antelación a la materialización del matrimonio: se flexibiliza la posibilidad de que los cónyuges puedan elegir el régimen legal que se ajuste a sus condiciones; el modo en que quieran y puedan liquidar el régimen patrimonial del matrimonio en los supuestos de muerte o divorcio; así como el tipo de beneficio, contraprestación o no, en los casos de que uno de los consortes, al momento de su separación, por circunstancias sobrevenidas o desequilibrio económico, pudiera recibir un menoscabo como consecuencia de la ruptura.

---

Igualmente, sobre esto y más informaciones, véase Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, pp. 72-80; Labadie Jackson, Glenda, *op. cit.*, pp. 58-62 y Martínez Calvo, Javier, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

<sup>48</sup> Gaspar Lera, Silvia, *op. Cit.*, p. 1.071.

De igual forma, la UPAA resguarda el derecho de intercambio o acceso directo a la información económico-financiera y patrimonial de ambas partes, como medida prudencial de que aquellos puedan otorgar un consentimiento constante e informado al dispensar un acto de la naturaleza contractual que nos ocupa.

Los acuerdos prematrimoniales, sin embargo, en torno a la validez y su eficacia contractual en los EE.UU., por criterios emanados por la propia UPAA, se ven ampliamente regidos por dos ejes fundamentales que gravitan en torno a su admisibilidad, los cuales redundan sobre los aspectos legales que subyacen en la utilización de estos. Dichos aspectos, por ejemplo, son aquellos que se obtienen en la fase de perfección del contrato en sí, al tiempo de su ejecutoriedad; y, por igual, aquellos otros que se refieren al contenido contractual que logren convenir las parejas. Tales características y peculiaridades especiales vienen cobijadas sobre el espectro regulador: reglas y normas, que los Estados adoptaron o no conforme a la UPAA<sup>49</sup>.

En relación con la eficacia y la validez del techo jurídico de estos acuerdos, en función de la percepción anteriormente descrita por la UPAA, Anguita Villanueva afirma lo siguiente:

“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 de abuso de posición

---

<sup>49</sup> Y es que el contenido o el objeto contractual que las partes pueden pactar, conforme a la UPPA, son bien amplios. Este se encuentra regulado en el artículo 3, el cual prescribe lo siguiente: “(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 (*sic*) sean adquiridos o localizados; (2) el derecho a comprar, vender, usar, transferir, cambiar, abandonar, arrendar, consumir, gastar, ceder, establecer una garantía, hipoteca, gravar, ceder o cualquier otro acto de gestión o control sobre sus patrimonios; (3) la disposición de los patrimonios después de la separación, el divorcio, la muerte, o 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 a ser beneficiario alguien mediante lo dispuesto en un 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 afectado negativamente por un acuerdo prematrimonial.” (Traducido del texto original y citado por Anguita Villanueva, Luis Antonio, *op. cit.*, p. 17).

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 antenuptiales 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 antenuptiales.”<sup>50</sup>

Existe, sin embargo, una gran divergencia de criterios al analizar la eficacia contractual de los acuerdos prematrimoniales, en sede patrimonial, en los distintos Estados que hayan adoptado o no la UPAA. Algunos Estados, por ejemplo, toman en cuenta, para la evaluación jurídica de la eficacia contractual, el hecho de examinar el menoscabo o “la desproporción excesiva (*‘unconscionable’*)”<sup>51</sup> al momento de la disolución o ruptura matrimonial de los cónyuges. A la sazón, y de una forma bien atinada, Figueroa Torres apunta:

“Se trata de un enfoque que permite dar una segunda mirada a la justicia sustantiva del acuerdo a la luz del resultado que tendría su cumplimiento en las circunstancias en las que se encuentran las partes al tiempo de la disolución matrimonial. Así, este modelo de análisis no se limita a garantizar que el acuerdo haya sido justo cuando se celebró, sino que además amplía el examen para apreciar si su contenido sustantivo, total o parcial, produce un resultado justo cuando se exige su cumplimiento.”<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Anguita Villanueva, Luis Antonio, *op. cit.*, pp. 291 y 292.

<sup>51</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, p. 287.

<sup>52</sup> La autora en cuestión no solo aborda de manera detallada, a buen juicio y con cierta minuciosidad el tema de la validez y la eficacia contractual de los pactos en previsión de ruptura, sino que, además, realiza un profundo análisis sobre la autonomía privada de la voluntad como el eje fundamental de la libertad contractual de la cual disponen los cónyuges para celebrar actos jurídicos de este tipo de naturaleza, antes y durante el matrimonio, con el objeto de regular la estructura económica de la institución citada, así como otros aspectos que las partes entiendan pertinentes a los fines de satisfacer sus necesidades.

De igual manera, la autora prescribe y detalla datos interesantes acerca de la intromisión de la justicia en ocasión de la fiscalización de los pactos que nos ocupa. Asimismo, trata lo relativo a la posibilidad de que estos acuerdos sean celebrados o insertados en las capitulaciones matrimoniales, porque considera que los pactos en previsión de ruptura no tienen que ser celebrados en otros contratos

Acorde con la evaluación jurídica referida, el ordenamiento legal estadounidense lo cataloga como el prisma jurídico-doctrinal para el estudio de los contratos en especie, el cual se logra enmarcar en el dictamen denominado '*Second look doctrine*'. La otra postura que conoce, de su lado, el estudio y el análisis general de estos contratos, en cuanto a su validez y eficacia, es la garantía procedimental. Esta busca y procura un escrutinio idóneo y bien fundado del modo en que los cónyuges otorgaron su consentimiento en víspera de la celebración contractual<sup>53</sup>. Y se fundamenta, por tanto,

---

aparte, o sea, independientes, ya que estos no tienen un carácter económico, y que, en cambio, estos podrían ser subsanados al formar parte elemental de las capitulaciones matrimoniales que sí tienen por esencia regular el régimen económico del matrimonio. Al respecto, pensamos que en esta última parte la autora no tiene del todo la razón, puesto que, si bien es cierto que las capitulaciones matrimoniales pueden servir de soporte o vehículo conductor para albergar en su esfera contractual esta clase de pactos, menos cierto es que, los mismos, por igual, disponen de una naturaleza contractual independiente, puesto que surte efectos jurídicos completamente distintos a las capitulaciones. Cabe recordar, en ese tenor, que los pactos en previsión de ruptura, además de su naturaleza contractual, tiene un sentir único de carácter patrimonial; esto así, porque además de pactarse en ellos aspectos de índole personales, las partes pueden fijar, renunciar o modificar ciertos derechos que redundan sobre los aspectos netamente económicos, como es el caso de poder regular situaciones económicas-financieras, así como la renuncia anticipada a un derecho que trate sobre contraprestaciones económicas, como resulta ser la renuncia al derecho de compensación económica. Es, además, un contrato sinalagmático perfecto, porque es fruto de la voluntad de ambas partes. De ahí la relevante importancia de que los tribunales presten mayor atención en el avalúo perimetral de la autonomía de la voluntad de sus principales exponentes, y la forma en que fue dado el consentimiento por aquellos.

No obstante, la autora continúa diciendo que las capitulaciones matrimoniales recogen, sin embargo, algunas cuestiones o situaciones propias de la "crisis matrimoniales", lo que, a su juicio, permite que la fusión de esta figura jurídica con las capitulaciones no altere, en modo alguno, la armonía del ordenamiento jurídico en su conjunto. En ese sentido, afirma que existe una libertad contractual entre las partes y que puede hacerse un uso indiscriminado de esta cuando se quiere efectuar cambios a través de pactos sobre el régimen económico del matrimonio (es un riesgo innegable, pero a tal efecto existe el control judicial que se encargaría de supervisar el objeto contractual estipulado por las partes y, por demás, ponderar los límites que por ley son instaurados como el marco de referencia que regulan tales extremos). En ese orden de ideas, explica que "esta libertad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en orden a la determinación del régimen económico matrimonial alcanza en 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" —sostiene la indicada autora— (Tomado del prólogo de la obra en cuestión). Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, p. 23.

<sup>53</sup> El requisito de otorgar libre y voluntariamente, sin ningún tipo de trabas o ataduras, el consentimiento informado de las partes en un acuerdo prenupcial de este rigor, se vuelve como un factor transcendental a la hora de evaluar si el mismo fue objetivo y directo en función del contenido pactado por las partes, esto así, so pena de ser declarado nulo, porque los pactos prerruptura son onerosos y bien complejos, al tratarse en ellos temas delicados que puedan tocar la armonía de la institución familiar, y por tratarse, asimismo, de situaciones previstas que puedan entrar en la postrimería del orden público. Además, el

en tres ápices elementales que hemos resumido del modo siguiente, a saber: a) el consentimiento informado (expreso y voluntario); b) el conocimiento y la divulgación mutua de la información financiera-patrimonial (activo y pasivo) de los cónyuges; y c) la asesoría legal e independiente que asista a las partes interesadas en el proceso de fraguar sus pretensiones en la concreción del objeto contractual.

Pese a ello, la gran diversidad de criterios y de parámetros jurídicos que existen entre los Estados, permite que se apliquen indistintamente reglas efectivas o no dependiendo del lugar en donde se haya originado el acuerdo prenupcial. “Esto...viene determinado... por el hecho de si un Estado adoptó o no la UPAA, o por la medida en que se aleja de sus criterios para exigir criterios más estrictos”<sup>54</sup>.

Otros aspectos a contemplar para el análisis y la determinación de la eficacia de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, es que en EE. UU. se toman dos momentos como estudio sistemático y ponderado, a la hora de llevar a cabo la celebración de un contrato de esta índole, que recaen en: primero, las circunstancias que dieron lugar a su celebración antes de ser pactado; y, segundo, el cumplimiento exigido cuando se entra en el umbral de la crisis matrimonial. No obstante, como complemento circunstancial para evaluar estos convenios, se consideran y ponderan los factores exógenos que gravitan sobre la “voluntariedad del consentimiento, la divulgación de la

---

consentimiento informado debe ser constante, de manera que no puede existir una intermitencia de por medio. Debido a esto, la UPAA consignaba, expresamente, en su artículo 6, que: “(A) No se podrá ejecutar un acuerdo prematrimonial si la parte contra la que se ejecuta el acuerdo acredita que: (1) esa parte no suscribió el acuerdo de forma voluntaria o (2) el acuerdo era abusivo cuando fue suscrito y, antes de su suscripción dicha parte: (i) no fue suficiente y razonablemente informada sobre el patrimonio o la situación financiera de la otra parte, (ii) no renunció voluntaria y expresamente, por escrito, al derecho a recibir más información sobre el patrimonio o la situación financiera de la otra parte que le fue suministrada, (iii) no tenía, o no podía razonablemente haber tenido, un conocimiento adecuado del patrimonio o de la situación financiera de la otra parte.” (traducción y referencia del artículo 6 de la UPAA, hecha por Gaspar Lera, Silvia, *op. cit.*, p. 1.071). Asimismo, ver Anguita Villanueva, Luís Antonio, *op. cit.*, p. 19. Sobre el precepto legal referido, en la traducción que realizara del manual de la UPAA, este autor agrega que: “(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 esas condiciones. (c) Un asunto de cláusula leonina de un acuerdo prematrimonial deberá ser decidido por el tribunal como una cuestión de derecho.”

<sup>54</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, p. 270.

información financiera y la razonabilidad de los términos sustantivos del acuerdo”, en razón de que se trata de elementos que confluyen en la animosidad de los cónyuges cuando se disponen a celebrar pactos de esta naturaleza<sup>55</sup>.

- d. Otros intentos uniformadores de criterios: *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution 2002 y sus implicaciones legales*.

Así las cosas, en un intento por mejorar la compilación de los principios esgrimidos por la UPAA, y en un plan debidamente detallado de mejoras continuas, en el año 2002, *The American Law Institute* (en lo adelante ALI, por sus siglas en inglés) hizo público un conjunto de principios que procuraban alentar el modo de regulación de los pactos prenupciales en los EE.UU., de tal forma que fueron denominados '*Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*'<sup>56</sup> (en lo adelante PFD, por sus siglas en inglés). Es oportuno aclarar, que ALI es una institución que tiene por objeto pronunciarse sobre algunos aspectos que no son del todo claros y precisos en el Derecho estadounidense. Tiene por propósito, además, aglutinar en un solo instrumento las consignaciones o principios legales que existen en normas y preceptos jurídicos que no son del todo transparentes y que se caracterizan por manifestar cierta ambigüedad conceptual, pues, pueden llevar a confusión a los interesados y, por consiguiente, errar cuando hacen uso de ciertos mecanismos legales al dilucidar los principales elementos que componen un acuerdo de las características peculiares y exclusivas que tienen los pactos prenupciales. En tales circunstancias, es cuando el referido instituto entra en acción con la finalidad de reeditar y complementar las normas que padecen de las situaciones e incoherencias anteriormente mencionadas.

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 276.

<sup>56</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Philadelphia, Ed. American Law Institute Publishers, 2002. Ver, asimismo, a Martínez Calvo, Javier, *op. cit.*, pp. 11-16; Labadie Jackson, Glenda, *op. cit.*, pp. 63-65, y a Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, pp. 92-99.

Las prescripciones que han sido emanadas de los PFD han sido tomadas como esencia y fundamento jurídico por la jurisprudencia norteamericana para evacuar sentencias con un alto contenido legal y calidad suprema, que permiten irradiar ampliamente la situación convencional de los cónyuges para que puedan dirimir sus diferencias, tomando en cuenta sus intereses y necesidades en el armazón contractual.

Los indicados principios, sin embargo, señalaban aspectos que la otrora UPAA no regulaba, como era el caso de las parejas que vivían en una relación de hecho, así como aquellos pactos que se originaban posteriormente al matrimonio. También, se dejaba fuera de su ámbito de regulación aquellos supuestos en que los consortes querían normar los efectos legales que se desprendieran de una ruptura matrimonial producto de una separación o un divorcio. Los principios en cuestión, también eran extensivos a la cobertura de aquellos pactos que se pronunciaran a favor de las previsiones de una eventual ruptura. Esto en parte se infiere, no solo por los matices previstos de los renombrados instrumentos de referencia, sino por la concepción y definición que ambos dispositivos tenían acerca de los pactos en previsión de ruptura matrimonial<sup>57</sup>. En ese

---

<sup>57</sup> Para sustentar nuestra tesis, debemos definir, en principio, qué se entiende por acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, acorde con lo dispuesto por ambos mecanismos legales. Por ejemplo, la UPAA definía los acuerdos prematrimoniales como “un acuerdo entre los futuros cónyuges realizado en previsión de ruptura del matrimonio y para surtir efectos a partir del mismo.” (Anguita Villanueva, Luis Antonio, *op. cit.*, p. 321). Al respecto, somos de opinión que la definición en sí se quedaba corta en relación con la esencia de la privatización contractual que exhiben los acuerdos en previsión de ruptura, al tenor de que los efectos de aquel comienzan desde el mismo instante en que se logre evidenciar y palpar la crisis matrimonial, que es el instante en que se perfecciona el contrato en razón de que cumple su motivo y existencia contractual. Además, y lo más importante, es que la proyección jurídica de esta definición se circunscribía únicamente a los derechos y obligaciones de las partes que suscribieron el contrato, en cuanto al pronunciamiento patrimonial del objeto contractual. Y dejaba fuera una serie de supuestos y situaciones que, posiblemente, los cónyuges querían regular, como es el caso del contenido personal en ocasión de afectar derechos de terceros al margen de la contratación: caso de la protección jurídica de los hijos ante ciertas eventualidades circunstanciales. La doctrina, en esa línea, ha realizado sendos pronunciamientos y subraya categóricamente que la definición en cuestión se limitaba al no abarcar otros escenarios jurídicos que los consortes querían contemplar en el matrimonio. “Esta definición... no apunta al verdadero alcance que se ha venido dando a este tipo de acuerdo para permitir que los futuros esposos regulen no solo sus derechos y obligaciones para el caso de divorcio y muerte, sino también para regir durante la vigencia del matrimonio.” (Figuroa Torres, Marta, *op. cit.*, pp. 268 y 269). En cambio, ALI, de su lado, indica abiertamente lo que entiende por los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, y encierra los otros extremos de que se ha hecho mención, aparte de fijar expresamente los lineamientos legales de la contratación, por lo que consideramos que el sentido irrestricto de su definición da cabida a otros supuestos que puedan surgir a raíz del estado de crisis y de la propia ruptura matrimonial. En ese sentido, ALI los define como “...un acuerdo entre las partes en previsión de un matrimonio que altera o confirma los derechos y obligaciones legales que de otra manera nacerían de estos principios o de la ley que rija la disolución matrimonial.” (American Law Institute, Principles of the law of family dissolution, *op. cit.*, section 7.01.1.a., pp. 1.051-

sentido, Anguita Villanueva afirmaba que la esencia de estos acuerdos consistía en facilitar a las partes un medio que lograra prevenir las dimensiones causales de una ruptura, considerando “los derechos y obligaciones legales” de los contrayentes en función de los efectos propios de una “disolución matrimonial.” De ahí que surgen los principios en cuestión<sup>58</sup>.

Ahora bien, ALI logra fundamentar los criterios de valoración de los acuerdos privados celebrados entre cónyuges en unos pilares cimentados en sede contractual que brindan determinada seguridad jurídica, así como la proporción de cierta libertad para que las partes viabilicen sus necesidades e intereses en el marco de la confección estructural del objeto del pacto. Es por ello que dichos principios tienen como esencia la salvaguarda de la institución del matrimonio al replicar que: “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 ...se le permite a la parte impugnante demostrar que el cumplimiento de lo acordado le produciría una injusticia sustancial; y 4) se establecen... una serie de circunstancias que demuestran la injusticia sustancial del acuerdo”<sup>59</sup>.

En ese tenor, y prestando especial atención a la asesoría legal independiente de los cónyuges, previo a la celebración contractual de un acuerdo de esta especie, se precisa, por mandato legal, la asistencia de un abogado en la fase contractual, porque este es quien puede ofrecer todos los detalles en cuanto a los aspectos básicos que se

---

1.054, citado por Anguita Villanueva, Luís Antonio, *op. cit.*, p. 325). De igual forma, y en complemento a lo que acabamos de expresar, de acuerdo al criterio de Anguita Villanueva, esta definición es más extensa y abarca, por consiguiente, otros linderos que son propios de las características de estos contratos, al precisar que los mismos penden básicamente de la voluntad de las partes, pero con ciertos límites establecidos por ley, lo que no logra trascender el ópalo de la normativa en esta materia. Adicionalmente, resalta que ahí es en donde radica la esencia de los principios esgrimidos por ALI, porque albergan los efectos desplegados por estos acuerdos en sede de “crisis matrimonial”, y no en otro tipo de situaciones o aspectos (personales y patrimoniales) que sean objeto de una transacción contractual. (*Ibidem*, p. 294).

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>59</sup> Atwood, Barbara & Bix, Brian “A New Uniform Law for Premarital and Marital Agreements”, 46 Family Law Quarterly 313, 2012, p. 328, citado por Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, p. 311.

pretenden pactar como contenido (el objeto del contrato), lo que permite a las partes — y más al futuro cónyuge que se encuentre en posición de desventaja económica o en estado de vulnerabilidad con relación al otro— entender los efectos y consecuencias legales que se puedan generar toda vez que dicho pacto se haya perfeccionado con el otorgamiento libre y no condicionado del consentimiento de los futuros consortes. De una forma más detallada, Ravdin subraya que la intervención de un abogado puede favorecer la realización de un buen acuerdo, cuando se haya podido determinar que la información financiera, en su caso, no haya sido correcta. Y, por vía de consecuencia, este pueda identificar con facilidad dicha situación, al tiempo de “recomendar a su cliente” si continúa o no con la negociación contractual, o exige, en cambio, mayores informaciones al respecto. Esa es la principal labor del abogado ante tales circunstancias: ser el centinela diligente que procure advertir con antelación las situaciones anómalas que puedan perjudicar con una injusticia sustancial o no a los consortes en la esfera contractual<sup>60</sup>.

- e. La Ley Uniform Premarital and Marital Agreements Act (UPMAA, 2012): *definiciones, su alcance normativo y el objeto regulado.*

Finalmente, y como cierre de la travesía analítica sobre el sistema jurídico norteamericano, vamos a tratar lo relativo a la *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* (en lo adelante, UPMAA, por sus siglas en inglés). La UPMAA surgió como un intento por mejorar la compilación de los supraindicados principios que la UPAA aprobó para su realización en el año 2012. Es un nuevo instrumento normativo que recoge en parte otros escenarios que acontecen en la vida conyugal de los consortes, y que las anteriores normativas no los consignaban expresamente. Es, por así decirlo, la nueva Ley Uniforme de Acuerdos Prematrimoniales y Matrimoniales que rige la materia objeto de estudio.

---

<sup>60</sup> Ravdin, Linda J., *op. cit.*, 67, citado por Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, p. 286.

En el marco de su realización, la UPMAA se caracterizó por innumerables estudios, discusiones y amplios debates que procuraban mejorar e innovar los principios y preceptos que la otrora UPAA en parte recogía. Esta última, por objeto, regulaba todos los acuerdos privados celebrados por los futuros cónyuges, previo al matrimonio; y la UPMAA regula, en la actualidad, tanto los acuerdos prematrimoniales como los acuerdos matrimoniales —en constante matrimonio—, orquestados y concebidos por los consortes. Esta ley tiene como dato peculiar, sin embargo, permitir la celebración de contratos privados entre cónyuges para regular los efectos de una posible ruptura o disolución matrimonial; pero, dejando fuera todos los supuestos o situaciones circunstanciales originadas en ocasión de crisis matrimonial. Por igual, no se regulan, en cuanto a su alcance, los acuerdos concebidos por parejas no adentradas en la institución matrimonial, es decir, aquellos acuerdos celebrados entre personas no casadas pero que sí viven en relación de hecho.

Igualmente, no resguarda en sus regulaciones los acuerdos o pactos en que “se ratifica, modifica o renuncia un derecho u obligación marital” que redunde sobre la vida del matrimonio con respecto a sus efectos o consecuencias legales del régimen patrimonial de aquel<sup>61</sup>.

La UPMAA se circunscribe, consecuentemente, a determinar la incidencia —en términos de derechos y obligaciones de carácter conyugal— sobre los supuestos o entramados circunstanciales que trae consigo la debacle o ruptura del lazo matrimonial. Y, en ese sentido, tiene como objetivo fundamental pronunciarse sobre las convenciones que crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones que se decantan sobre el régimen legal del matrimonio que regularía los efectos de este, y que, en caso de no existir un acuerdo privado o pacto que se exprese al respecto, entonces, entra en escena el “régimen legal supletorio” concebido por ley, el cual sería normado, en cuanto a sus efectos, por la misma normativa que lo origine. La ley prescribe, asimismo, lo que entiende expresamente por derechos y obligaciones contraídos en la vida matrimonial. De tal forma que, básicamente, señala cinco aspectos en orden de importancia, los cuales

---

<sup>61</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, pp. 309 y 310.

son: “(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; y (e) pago de costas y honorarios de abogado”<sup>62</sup>.

Como ya vimos, la UPMAA deja fuera de su alcance aquellos acuerdos privados que se celebran en el marco del surgimiento de la crisis matrimonial a lo interno del matrimonio, así como “los pactos de convivencia”<sup>63</sup>. Tales aseveraciones encuentran su génesis o sustento legal sobre la base de que dicha normativa advierte su inaplicabilidad sobre aquellas convenciones celebradas entre cónyuges en circunstancias que quieran afectar algunos derechos u obligaciones que podrían tener incidencia directa sobre el matrimonio, y, por ello, dichas acciones deben ser avaladas por el rigor técnico-jurídico del arbitrio de un tribunal. Igualmente, no regula en su radio de acción los pactos que penden de una “disolución matrimonial” o ruptura en sentido general al encontrarse en un “proceso disolutorio”, y que los consortes, a sabiendas de tal situación, inicien los acercamientos pertinentes para procurar conseguir un acuerdo en el que sus efectos regulen los aspectos que ya son tratados en la prescripción ordinaria de la ley<sup>64</sup>.

Así, por ejemplo, la referida normativa no da cobertura enteramente a todas las materias que puedan ser tratadas al amparo de otras leyes, y más cuando surge una eventualidad propiamente del pacto que exhale derechos y obligaciones que puedan afectar directamente a terceros, cuando estos se encuentren al margen de la contratación y del cuadro matrimonial.

---

<sup>62</sup> Sec. 2 (4) de la UPMAA y su comentario, por la Comisión de Ley Uniforme, publicada por la sección de Derecho de Familia de la *American Bar Association*, en 46 Fam. L. Q. 345, 2012, pp. 347-350. Ver también Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, p. 315.

<sup>63</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, pp. 314-320.

<sup>64</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, pp. 314-320.

i. Sobre la ineficacia contractual de los acuerdos prenupciales.

En torno a la ineficacia contractual de estos acuerdos, la UPMAA expresa que los contratos celebrados entre cónyuges que infrinjan o quebranten el orden público son nulos e ineficaces de pleno derecho. Y establece, de manera categórica, que son ineficaces aquellos acuerdos que “afecten el derecho de alimentos de los hijos; que limiten los remedios disponibles para las víctimas de violencia doméstica; y modifiquen las causas de disolución matrimonial establecidos en el ordenamiento estatal o los que impongan las penalidades por iniciar dicho proceso”<sup>65</sup>.

ii. En cuanto a la validez, forma y eficacia.

En lo relativo a su validez, la normativa en cuestión manifiesta que, de estos ser válidos, y por un tema de prueba irrefutable, así como por la constatación de la carga de la prueba, se requiere la forma documental del convenio; no obstante, para darle mayor mérito y claridad a lo vertido en la ley, no se precisa de la concurrencia de testigos de parte, así como la no notificación documental, ni la inscripción registral para su formalidad notarial<sup>66</sup>. A nuestro modo de ver, tal medida, implementada ya por algunos Estados, viene reforzada sobre el criterio de que los acuerdos en especie son producto de la voluntad autorreguladora de los consortes (con esta normativa se alcanza la anhelada privatización contractual), y que, en tal contexto, se destaca la acción fiduciaria de aquellos (el estado de confianza de los consortes entre sí), por lo que se infiere que existe un punto de equidad capaz de promover la agilidad y la eficacia contractual, sin las exigencias ni la necesidad de una cantidad desbordante de formalismos insospechados.

---

<sup>65</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, pp. 314-320.

<sup>66</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, pp. 314-320.

En lo que atañe a la intervención judicial con respecto a los acuerdos prenupciales, la UPMAA limita el acceso o la injerencia del control judicial (previsto en la Sección 9, literal f.-, numeral 1.-) para el análisis y el avalúo de los aspectos pactados por los cónyuges en los acuerdos prenupciales o en constante matrimonio<sup>67</sup>, en razón de que se procura no la evaluación en sí de lo que dio origen a la contratación, sino, por el contrario, determinar los efectos que “produce cuando se exige su cumplimiento”<sup>68</sup> en sede contractual y protagonizado por el estado de crisis conyugal. Empero, se permite la intromisión de la judicatura, cuando las partes hayan estipulado la renuncia expresa a la pensión compensatoria, previo al matrimonio, y que la parte que haya sido perjudicada por lo convenido “así lo solicite”, con el interés de que se realice un exhaustivo y minucioso examen de lo concebido por los esposos<sup>69</sup>.

#### II.1.2.2 Derecho de Argentina.

A finales de los años 80, se realizaron esfuerzos extraordinarios para unificar, en un solo compendio legislativo, los códigos Civil y Comercial de la República de Argentina (en lo adelante, CCCAr). Fruto de esos esfuerzos, en el año 1987, se aprobó la pieza legislativa que era demandada por la comunidad jurídica y la sociedad en general. No obstante, se realizaron otras modificaciones con posterioridad al marco

---

<sup>67</sup> Esta situación ocurre porque la UPMAA tiene consagrada una serie de criterios para determinar el examen de las garantías de validez y la eficacia del acuerdo prematrimonial. Los mismos consisten, básicamente, en un marco de referencia que contiene elementos medulares e introspectivos que avistan los aspectos que deben y pueden contener los acuerdos o pactos celebrados entre los cónyuges, los cuales se destacan en los siguientes puntos: “(a) requiere con precisión el cumplimiento de determinadas garantías procedimentales para asegurar un consentimiento válido, y (b) reconoce... la 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... que el cumplimiento de lo pactado produciría un perjuicio sustancial al cónyuge impugnante.” *Ibidem*, p. 334. (Palabras reducidas y subrayado del autor, GR).

<sup>68</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, pp. 332 y 333.

<sup>69</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, pp. 332 y 333.

normativo de referencia<sup>70</sup> en procura de ir mejorando el contenido jurídico, así como la existencia de determinados aspectos que no eran regulados por aquella. La reforma más importante, sin embargo, es la Ley núm. 26.994, del 7 de octubre de 2014. Esta última recoge en su esquema regulatorio todo lo relativo a los acuerdos prenupciales y matrimoniales que se emplean en el sistema jurídico de ese país.

Ahora bien, el ordenamiento legal en cuestión concibe a los acuerdos prenupciales como contratos sinalagmáticos perfectos y consensuales, puesto que se requiere de la concurrencia de la voluntad expresa de ambos cónyuges para la confección y materialización de este tipo de pactos. Debe manejarse, por igual, un alto nivel de información como elemento preponderante del consentimiento, en virtud de que este conforma la estructura de validez del pacto. Y, también, en razón de que se logra prever de antemano los supuestos en que se haya suprimido cierta información en la fase contractual que replique, en consecuencia, en modo positivo o negativo, en el consentimiento otorgado por las partes.

Por ende, se exige que los cónyuges, al momento de que se apresten a pactar, tengan necesariamente un nivel adecuado de información sobre todo lo relacionado con las situaciones patrimoniales en que se encuentre el estado de solvencia de ambos (hacer un avalúo y tasación de los bienes) y, a su vez, se hace necesario precisar que ese consentimiento informado viene de la mano con otras prescripciones perentorias, las cuales son: la enunciación expresa de las deudas existentes; la puntualización evidente de que se hagan donaciones entre ellos, en caso de que existan o se propongan hacerlas; el tipo de régimen matrimonial que ha de regir el matrimonio en lo adelante; que el acuerdo debe realizarse en escritura pública, por lo que debe materializarse ante un escribano público (notario público) para brindarle el carácter formal al acto, requisito este último que se traduce en la admisibilidad del pacto de cara a su validez; y,

---

<sup>70</sup> Entre las otras reformas hechas al CCCAr se encuentra la del 23 de diciembre de 1991, que abrogó dicho código por parte del Poder Ejecutivo y dio paso a la que posteriormente se realizara en fecha 3 de noviembre del año 1993. Cfr. con Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, *op. cit.*, pp. 17-20.

finalmente, la inscripción registral del documento para darle el carácter de oponibilidad frente a terceros<sup>71</sup> (arts. 446 y ss. del CCCAr).

Los acuerdos prematrimoniales, como habíamos explicado, tienen una naturaleza puramente contractual, por lo que su fase de perfección y orientación jurídica va en línea directa conectada con la propia autonomía de la voluntad empleada por las partes, quienes pueden fijar los límites, a pesar de los márgenes establecidos por normativa y lo consagrado en la moral y la costumbre, a la negociación jurídica de la contraprestación que decidan autorregular<sup>72</sup>.

En consonancia con lo expuesto, uno que otro autor refiere que los acuerdos prematrimoniales son pactos celebrados entre los cónyuges que tienen por objetivo establecer el régimen patrimonial del matrimonio, ya sea adoptando lo que la ley faculta o estableciendo ciertos límites a los que se encuentren disponibles. Y que estos se logran emplear más para la definición y determinación del régimen matrimonial que, desde el punto de vista patrimonial, ha de regir los activos y pasivos del matrimonio<sup>73</sup>.

Los cónyuges, después del otorgamiento de un pacto prenupcial, disponen del plazo perentorio de un año para que puedan modificar, crear o extinguir alguna obligación contenida en el acuerdo. Sin embargo, hay una parte de la doctrina que afirma

---

<sup>71</sup> Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, *op. cit.*, pp. 17-20.

<sup>72</sup> Acerca de la autonomía de la voluntad de las partes, traducida como la privatización contractual en la esfera de la negociación familiar, Sturla y Gómez de Lima exponen, de una forma sucinta y clara, que los acuerdos prenupciales son el fruto de la conjugación expresa de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y que dicha autonomía, desde el punto de vista pragmático, le brinda el objeto existencial a las normas imperativas que regulan las bases patrimoniales del matrimonio. (Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, *op. cit.*, pp. 17-20).

<sup>73</sup> Comunicación personal recibida en fecha 19 de septiembre de 2016 por la experta en Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad de Buenos Aires, e investigadora experimentada ante el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Marisa Herrera. Indica que los referidos acuerdos tienen una naturaleza contractual (aunque refiere que otros los enmarcan dentro de las directrices de ser una convención con carácter normativo que regule las bases patrimoniales del matrimonio), y que deben ser otorgados, para su validez, en escritura pública. De igual modo, explica que no existe un precedente ante la máxima instancia judicial federal con relación a este tipo de contratos, por el hecho de que tienen una utilidad práctica muy limitada conforme al tipo de contenido que allí se consigna.

de modo positivo la postura de que no se puede celebrar ningún tipo de convención posterior a la concepción y declaración definitiva del matrimonio, so pena de nulidad<sup>74</sup>.

Asimismo, se establece el lapso de seis meses para invocar la nulidad en caso de que exista, en concreto, la determinación de un vicio del consentimiento por parte de uno de los cónyuges a la hora de concebir y materializar el pacto en cuestión. En esa tesitura, y conforme al buen derecho, se exceptúa la invocación de modificar el régimen patrimonial del matrimonio para cualesquiera de los cónyuges toda vez que el mismo se encuentre fraguado y determinado, según sea el prototipo jurídico-patrimonial elegido, respecto a la institución matrimonial<sup>75</sup>, así como por un tema de delicadeza jurídica, cuando los exponentes en tal ambiente coincidieran con el perfil de menores de edad. En este caso, se debe contar con la anuencia judicial para poder realizar los cambios que correspondan conforme al buen derecho.

En caso de que el matrimonio sea declarado nulo, entonces el acuerdo prenupcial para tales fines carece de validez<sup>76</sup>, por aquello de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

---

<sup>74</sup>Cfr. con Cervilla Garzón, María Dolores, *op. cit.*, p. 48

<sup>75</sup> En un estudio realizado por las tratadistas Chechile y Herrera, se consigna que los futuros esposos pueden elegir el régimen legal del matrimonio previo a la celebración de este o en el mismo momento en que se esté llevando a cabo la ceremonia nupcial de aquel. Y afirman que, para tales fines, que la legalidad y la formalidad de la elección de los dos regímenes patrimoniales existentes a la fecha: régimen de comunidad de bienes y el régimen de separación de bienes, pueden llevarse a cabo mediante una convención matrimonial, realizada en escritura pública; y la otra mediante “la elección originaria del régimen declarada ante el registro civil” en ocasión de matrimonio. Esto viene cobijado por lo dispuesto en los artículos 446, inciso d)- y 420, inciso j)- del CCCAr. No obstante, las autoras detallan que existe una fricción de posturas que divide significativamente a la comunidad jurídica sobre el modo de elección del régimen legal del matrimonio; y plantean que un gran número de juristas y expertos se manifiestan a favor del uso de la convención matrimonial que representa la postura restrictiva. Sin embargo, la postura amplia se decanta por la elección del régimen legal ante el funcionario del Registro Civil. Las autoras entienden que los cónyuges pueden elegir indistintamente entre ambos extremos, porque se encuentran amparados por ley para ello. Aunque, las susodichas muestran mayor predilección por la postura amplia. (Chechile, Ana María y Herrera, Marisa, “La formalidad de la elección del régimen de bienes en el matrimonio. Nuevos debates, en el Código Civil y Comercial”, Revista La Ley, Tomo la Ley 2016-E, año LXXX, núm. 176, Buenos Aires, Argentina, septiembre 16, 2016, pp.1-3).

<sup>76</sup> Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, *op. cit.*, pp. 17-20.

### II.1.2.3 Derecho de Costa Rica.

El Código Civil costarricense (en lo adelante, CCCor.) regula las capitulaciones matrimoniales desde el punto de vista del régimen patrimonial. Este data del año 1888, y ha sufrido pocos cambios al respecto. El mismo señala que las capitulaciones matrimoniales pueden realizarse antes o en constante matrimonio. Y permite, asimismo, que las parejas de esposos puedan realizar las modificaciones que entiendan pertinentes, mediante un acuerdo postnupcial con iguales condiciones y características que aquel que las haya originado<sup>77</sup>, todo ello conforme a lo preestablecido en el art. 39 del CCCor<sup>78</sup>.

Igualmente, se apunta el hecho de que, si son menores los que contraen matrimonio, y deciden celebrar acuerdos prenupciales, deben contar con la anuencia del tribunal y una autorización expresa de quien sea el representante legal del menor de edad. Los acuerdos que se instrumenten a tal efecto, o aquellos que irradien pinceladas que repliquen sobre los efectos del régimen legal-patrimonial del matrimonio, así como sus modificaciones, deben elevarse en escritura pública y cumplir, simultáneamente, con la condición normativa de que deben ser publicados en un diario de circulación nacional y, con posterioridad a este, ser inscritos en el registro público, con la intención de que exhiba y surta los efectos de ser oponible a terceros. Todo esto so pena de nulidad (art. 37 del CCCor<sup>79</sup>).

También, se destaca la condición de que el régimen subsidiado, aquel que tiene el carácter supletorio por norma, es el régimen legal dispuesto en el Capítulo VI del

---

<sup>77</sup> Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, *op. cit.*, pp. 17-20.

<sup>78</sup> Artículo 39 del CCCor, dispone que: “Las capitulaciones matrimoniales pueden ser modificadas después del matrimonio. Si hay menores de edad, ha de serlo con autorización del Tribunal. El cambio no perjudicará a terceros, sino después de que se haya publicado en el periódico oficial un extracto de la escritura y esta quede inscrita en el Registro Público.”

<sup>79</sup> El artículo 37 de la pieza legislativa en cuestión, dispone que: “las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante su existencia y comprenden los bienes presentes y futuros. Este convenio, para ser válido, debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público.”

Código de Familia, específicamente en su artículo 40<sup>80</sup>. El mismo prescribe que, en caso de que ninguno de los cónyuges opte por uno de los regímenes matrimoniales disponibles, entonces corresponde a cada uno de los consortes ser dueño de los bienes que tenían antes de contraer nupcias, así como de los frutos generados por estos durante el desarrollo de la institución matrimonial<sup>81</sup>.

Como vemos, el acuerdo prenupcial en el ordenamiento jurídico costarricense tiene un carácter meramente patrimonial, y despliega sus efectos únicamente sobre el patrimonio existente de los consortes, mas no sobre aquellos elementos que sean de vertiente personal. En ese tenor, Sanabria, manifiesta que:

“La finalidad de un contrato prenupcial reside en mantener los patrimonios de ambos cónyuges jurídicamente separados. Cada uno de ellos administra, disfruta y dispone de lo propio, en forma exclusiva y sin injerencias del otro. La única obligación es contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.”<sup>82</sup>

#### II.1.2.4 Derecho de República Dominicana.

Con relación al entramado legal de los acuerdos prenupciales en previsión de ruptura matrimonial en la República Dominicana, como tal no se encuentran debidamente regulados ni expresamente dispuestos en normativa alguna conforme a lo concebido en el régimen legal en cuestión. Sucede lo mismo, como hemos apreciado en otras latitudes del Derecho hispanoamericano: caso de Argentina y Costa Rica, los

---

<sup>80</sup> Cfr. con el artículo 40. Al respecto, el precepto legal en cuestión reza que: “si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros.”

<sup>81</sup> Sturla, Rodolfo Adrián y Gómez de Lima, Germán, *op. cit.*, p. 54.

<sup>82</sup> Entrevista a Leonel Sanabria V., realizada por Andrea González, San José, Costa Rica, 27 de mayo de 2015, disponible en línea: [http://www.revistaperfil.com/vida\\_en\\_pareja/contrato-prenupcial-fecha-limite-relacion\\_0\\_743325663.html](http://www.revistaperfil.com/vida_en_pareja/contrato-prenupcial-fecha-limite-relacion_0_743325663.html). Fecha de consulta: 20 de abril de 2016.

acuerdos prematrimoniales se decantan única y exclusivamente sobre aspectos meramente patrimoniales; y no sobre situaciones específicas propias del matrimonio cuando este entra en proceso de deterioro por la crisis conyugal. Con lo cual no se logra advertir la normalización regular de cuestiones personales en sede matrimonial (salvo algunas circunstancias de carácter específico que puedan referirse a la afectación jurídica de los hijos: como suele suceder con la protección jurídica del interés del menor) con miras a saber abordar las previsiones oportunas y la adecuada administración de riesgo de una eventual ruptura matrimonial por separación o divorcio. No obstante, se vislumbra y alberga la posibilidad de que los mencionados pactos puedan encontrar su fundamento legal en ciertas disposiciones legislativas que, al amparo de las capitulaciones matrimoniales, estos puedan ser concebidos y surtan los efectos de rigor en razón de su uso.

Dicho esto, se hace necesario poner en contexto la forma como se perciben los acuerdos prematrimoniales en función de la operatividad técnico-legal de las capitulaciones matrimoniales y la línea transversal que los ata al marco legal dominicano. En ese tenor, los acuerdos prenupciales son vistos como contratos privados celebrados entre partes, con el objeto de regular los efectos jurídicos del régimen legal del matrimonio que, ante tal cuestión, disponen del tipo estructural y el armazón jurídico que va a regir y determinar las relaciones jurídico-patrimoniales de los consortes.

El régimen legal que a tal efecto aflora es el de comunidad de bienes y ganancias. Este se caracteriza por la composición regular de las masas de “bienes diferenciados: los bienes comunes, los bienes del marido y los bienes propios de la esposa”<sup>83</sup>.

De igual manera, de acuerdo con el ordenamiento legal dominicano, los acuerdos prenupciales también son contratos sinalagmáticos perfectos, ya que procuran, como se ha explicado, el fundamento de igualdad en el proceso de negociación contractual de las partes. Son contratos consensuales, porque constan de la fusión horizontal de las

---

<sup>83</sup> Bergés Chupani, Manuel D., “Jurisprudencia Dominicana 1967-1972”, Tomo I, UNPHU, 1975, citado por Rowland Cruz, James A., “Los regímenes matrimoniales”, 1era. Edición, Editorial Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, República Dominicana, 2002, p. 1.

voluntades expresas de ambos consortes y, por tanto, tienen una naturaleza eminentemente contractual.

Ahora bien, con respecto a su admisibilidad, los preceptos legales que pueden darle cabida a los pactos en previsión de ruptura, se encuentran enmarcados en los artículos 1.387 y 1.134 del Código Civil Dominicano<sup>84</sup> (en lo adelante, CCDom). El primero, indica que la sociedad realizada entre los cónyuges se encuentra estructurada sobre la base de convenciones especiales, a falta de las cuales opera la tutela supletoria de la normativa. Además, señala que los consortes pueden pactar lo que crean y entiendan conveniente a sus intereses; pero que tales acuerdos no deben ser contrarios a la moral y las buenas costumbres. Y, el segundo, en complemento de aquel, determina el carácter vinculante de las partes en sede contractual, la ley que ha de regir las relaciones entre aquellos que han acarreado el compromiso o la obligación de hacer o no una cosa determinada. También, dispone que lo pactado por las partes no debe ser contrario a la ley, la moral y la costumbre. Este último articulado es la esencia *prima facie* del principio jurídico: *'pacta sunt servanda'* (“lo pactado obliga y el contrato es ley entre partes, y debe ser cumplido por ellos de buena fe”).

La doctrina dominicana entiende, sobre todo, que las partes disponen de la absoluta libertad —a grandes rasgos y con rango superlativo— para producir el régimen matrimonial que estos consideren acorde con sus necesidades e intereses, y que tales prerrogativas quedan protegidas por lo dispuesto en el marco jurídico de los articulados reseñados con anterioridad. Algunos autores, sin embargo, expresan su desagrado al respecto, y opinan que tales innovaciones y creatividades convencionales tienen ciertos límites a la hora de que los esposos eligen un régimen legal reglamentado, el cual no pueden “modelarlo enteramente a su antojo; es decir, que una vez que hayan elegido el

---

<sup>84</sup> El artículo 1.387 del CCDom dispone que: “La ley no regula la sociedad conyugal, en cuanto a los bienes, sino a falta de convenciones especiales, que pueden hacer los esposos como juzguen convenientes, siempre que no sean contrarias a las buenas costumbres; y, además, bajo las modificaciones siguientes.” En ese mismo tenor, el artículo 1.134 del referido código, expresa: “Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por mutuo consentimiento, o por las causas que estén autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe.” Es oportuno resaltar que, al cierre del presente trabajo, la pieza legislativa en cuestión se encuentra en un proceso de modificación (para su adecuación a los nuevos tiempos) en el Congreso Nacional de la República Dominicana.

régimen legal de su matrimonio, estos ya no pueden realizar cambios adicionales en constante matrimonio”<sup>85</sup>.

Y es que existen límites de carácter específico que disminuyen el accionar de los contrayentes a la hora de que opten por la celebración de un acuerdo que afecte directamente las bases perimetrales del régimen legal que regula la institución matrimonial que ellos oportunamente eligieron, por lo que queda tajantemente prohibido estipular sobre ellas en sede capitular. Es natural, entonces, precisar que el legislador dominicano logró advertir algunos supuestos o escenarios que limitan el marco de extensión de los derechos o prerrogativas que asisten a los cónyuges en ocasión de que quieran complementar el régimen de su lazo conyugal. En tal sentido, podríamos señalar que dichas limitaciones, se expresan sobre: a) prohibir aquellos acuerdos o estipulaciones convencionales que tengan por objeto mutilar los poderes del marido como jefe de la comunidad; b) limitar la capacidad civil de la mujer (casada o soltera) en ser coadministradora de los bienes muebles e inmuebles habidos o por haber durante la vida del matrimonio (la referida capacidad civil otorgada por ley a la mujer se encuentra fundamentada en las leyes núm. 855, del año 1978, y la núm. 390, del año 1940)<sup>86</sup>; c) no pueden, asimismo, eliminar la existencia de bienes comunes en ocasión de que aquellos hayan optado por el régimen legal de comunidad de bienes; d) se considera nulo todo acuerdo o convenio establecido en el contrato de matrimonio o en otro documento que procure retirar a la mujer, herederos o causahabientes el derecho a

---

<sup>85</sup> Cfr. León, Henri y Mazeaud, Jean, “Lecciones de Derecho Civil”, parte 4ta., Vol. I, La Organización del Patrimonio Familiar (Los Regímenes Matrimoniales), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1965, pp. 70-588. (El Derecho dominicano tiene una gran influencia del Derecho francés, en razón de que su Código Civil es una transcripción literal del Código napoleónico del año 1804. De ahí la razón de la cita de los hermanos “Mazeaud” y de cualquier otro tratadista francés que pudiera aportar doctrina para complementar esta parte del presente estudio); y Gutiérrez, Juan Rafael, *et al.*, “La responsabilidad civil entre los esposos”, Revista de Ciencias Jurídicas, año IV, núm. 42, febrero de 1988, pp. 187-197, citados ambos por Rowland Cruz, James A., *op. cit.*, p. 3.

<sup>86</sup> Ambas normativas lo que procuraban era brindarle a la mujer igualdad jurídica con respecto al marido, en el entendido de que ambos pueden ser administradores indistintos de los bienes muebles e inmuebles; porque el otrora código civil, traducido y adaptado en el año 1877 (el código napoleónico del 1804), facultaba exclusivamente al hombre en ser la cabeza de la familia en cuanto a la administración general y diligente de los bienes recibidos antes, durante y después del matrimonio.

ejercer la opción de aceptar o renunciar a la comunidad<sup>87</sup>; y e) por el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, se prohíbe la separación voluntaria de bienes entre los esposos durante el matrimonio<sup>88</sup>. No obstante, los cónyuges sí pueden contar con la posibilidad de pactar, en sede capitular, sobre determinados aspectos que permitan la buena convivencia matrimonial en relación con los hijos, así como aquellos extremos que tienen que ver con la manutención de estos, la guarda y custodia de los mismos en ocasión de una separación o ruptura matrimonial, el régimen de visitas, entre otras cuestiones que redunden de forma favorable sobre el interés del menor.

Asimismo, los acuerdos prematrimoniales en sede capitular tienen otras restricciones con relación al objeto que las partes quieran pactar, así como con relación a la propia autonomía de la voluntad de estos. Y es que muchas de las disposiciones concebidas como limitaciones para los esposos provienen directamente por mandato expreso del CCDom: en lo atinente a la elección de los regímenes matrimoniales; en aquellas estipulaciones en que los cónyuges traten aspectos sobre materia de sucesiones; y cuando en el contrato privado surjan partidas que puedan afectar negativamente a terceros (hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, así como a los acreedores de cualquiera de las partes); y en los supuestos en que se realicen donaciones *intervivos* o aquellas de índole testamentaria, para lo cual se debe confeccionar un documento conforme a las prescripciones que contemple el CCDom. (art. 1.389 del referido instrumento legal).

---

<sup>87</sup> Boletín Judicial (BJ) 929, 27 de abril de 1988, p. 562.

<sup>88</sup> Existe, sin embargo, algunas contradicciones en la comunidad jurídica en sentido general sobre el caso en especie, porque en la práctica la mujer puede otorgar —voluntariamente—, mediante pacto y durante el vínculo matrimonial, y pudiendo este ser revocable (excepto cuando aquel haya sido dado en convenciones matrimoniales), el poder de administración general y absoluto de sus bienes en razón de su inmutabilidad. Al respecto Mazeaud subraya lo siguiente: “esa posibilidad de que el marido se adueñe íntegramente de la parte de los ingresos de la mujer que excedan de los cargos del matrimonio, hace que aparezca la injusticia del régimen de separación de bienes, régimen menos equitativo que un régimen de comunidad, donde todos los gananciales son comunes. La mujer no tiene sino la posibilidad de retirarle al marido la administración de los bienes de ella; esta puede hacerlo en cualquier momento.” Y, posteriormente, en esa misma línea de razonamiento, el autor de referencia, plantea que esto se da, porque “la mujer no puede renunciar al derecho de recobrar en cualquier época la administración de sus bienes.” (León, Henri y Mazeaud, Jean, *op. cit.*, pp. 650 y 651, citado por Rowland Cruz, James A., *op. cit.*, pp. 18 y 19).

Por un tema de formalidad jurídica, los acuerdos prenupciales deben ser otorgados en escritura pública, y posteriormente ser comunicados al Oficial del Estado Civil, previo a la celebración del matrimonio. En caso de que se disponga de ciertas modificaciones a lo ya pactado por las partes, entonces deben realizarse antes de la concepción y consumación del matrimonio, y se solicita, igualmente, la intervención de dos testigos para que constaten el otorgamiento y la libre emancipación del consentimiento de aquellos, así como de cualquier otra persona que haya formado parte de la celebración contractual (arts. 1.394-1.396 del CCDom).

Con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo, estos comienzan desde el instante en que se efectúe el matrimonio. No obstante, los esposos no pueden pactar sobre la fecha en que el acuerdo va a surtir los efectos de rigor, es decir, la colocación de una fecha diferida a la concretada por el matrimonio.

Por último, cabe resaltar que, en caso de que los consortes se hayan adentrado en una crisis matrimonial y decidan separarse por mutuo consentimiento, entonces sí es posible que estos puedan realizar un acuerdo en previsión de ruptura durante el matrimonio, cuya nominación por ley es “Acto de Estipulaciones y Convenciones”<sup>89</sup>. El

---

<sup>89</sup> Como se adujo en el cuerpo de trabajo, el acta de convenciones y estipulaciones, para los fines propuestos en el presente análisis, se vislumbra como un acuerdo en previsión de ruptura que las partes, de común acuerdo y en constante matrimonio, deciden otorgar bajo el ánimo de desunir o romper el lazo jurídico del matrimonio, pero con el interés de regular los efectos que se puedan originar tras la ruptura con respecto al vínculo pecuniario de ambos. En ese contexto, Minaya Nolasco sostiene que ante la eventual intención de las partes en querer dar por finalizada la relación jurídica-patrimonial, de común acuerdo, éstos deben de asistirse de un notario público y redactar, a su vez, el acta de convenciones y estipulaciones que debe contener todo lo relativo a los pormenores fundamentales en que se “han de regir su separación” conyugal. Y concluye que aquel se equipara, en términos de importancia, con las capitulaciones matrimoniales, y que, por tanto, exhibe una importancia solemne al extremo por los requerimientos contemplados en la disposición legal, so pena de nulidad. En ese sentido, el autor en cuestión refiere que este tipo de contrato privado “comprende todo lo relativo a: 1.- La pensión ad-litem o la mención de la renuncia a la misma por parte de la mujer; 2.- la guarda de los niños menores de edad, si los hubiere; 3.- la manutención de los hijos; 4.- la partición de los bienes muebles e inmuebles o la mención de que no fomentaron ningún bien; y, 5.- lo relativo al poder otorgado al abogado para que lleve a cabo el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento.” Es pertinente apuntalar, que este tipo de acuerdo queda sometido al “control judicial” con miras a ser validado por el tribunal competente, y que una vez que el mismo haya determinado y comprobado que las partes manifestaron su voluntad de forma “taxativa, invariable, inequívoca y conjunta de ambos”, entonces, los mismos no podrían variar, reformular ni revocar lo planteado allí, así como tratar de incoar un recurso de apelación que pueda atacar en modo alguno la sentencia evacuada al respecto (art. 32 de la Ley 1306-Bis, sobre divorcio, el cual expresa que “la sentencia que ordene por mutuo consentimiento será inapelable”). Ver Minaya Nolasco, Blas, “La demanda en divorcio por mutuo consentimiento, por incompatibilidad de caracteres y divorcio al vapor en la República Dominicana”, 2da. Edición, ampliada y corregida al

mismo es un acto auténtico, redactado por un notario público, que puede conllevar la renuncia a la pensión alimenticia que les corresponde por ley a los esposos; decidir, igualmente, la suerte de los hijos; y determinar los bienes en su haber para la distribución equitativa de estos<sup>90</sup>.

## II.2 Evolución de los pactos prenupciales en España.

La evolución de los acuerdos prematrimoniales en España, en virtud del fundamento jurídico que exhiben los pactos objeto de estudio, se ve ampliamente reseñada por dos momentos que, en principio, están correlacionados intrínsecamente por

---

cuidado de Trajano Vidal Potentini A., Revista de Ciencias Jurídicas Gaceta Jurídica Virtual, núm. 16, año 2, Santo Domingo, República Dominicana, julio-agosto del año 2002, p. 14.

Sin embargo, la doctrina se torna reticente a este respecto, porque se concibe que la ruptura del matrimonio, en este caso, se da sobre la base de trámites burocráticos interpersonales; y que no se requiere de la intervención directa de un juez, porque esto abulta la ya congestionada de por sí justicia dominicana. (Minaya Nolasco, Blas, *op. cit.*, p. 14). En cambio, nosotros opinamos que tal precisión carece de toda lógica y fundamento jurídico, porque si bien es cierto que un documento redactado ante notario público, y surgido de los intereses y las necesidades propias de los cónyuges, podría, en principio, suponer que goza de toda la eficacia contractual requerida; sin embargo, menos cierto es que tal documento podría, también, detentar cierta ilegalidad e ineficacia contractual por situaciones complejas que podrían surgir en un matrimonio *in situ* en estado de crisis. Porque, además, aquí se debería evaluar la rigurosidad jurídica del acto en sí, para determinar el modo en que fue otorgado el consentimiento de las partes (sin ningún tipo de condicionantes), y los elementos probatorios tomados en cuenta para verificar la exactitud del acto, conforme a los efectos y las situaciones que lo originaron, para que, posteriormente, el mismo no logre devenir en nulidad e ilicitud. Y, por consiguiente, se permita evaluar la igualdad contractual que debe primar ante este tipo de escenario. Es por ello que confiamos y somos partidarios de la supervisión y fiscalización judicial de los pactos que manifiesten este tipo de naturaleza contractual, en razón de que el control judicial es sinónimo de garantía y seguridad ante eventualidades *prima facie* de afectación de terceros, como es el caso de la prohibición de un derecho elemental a favor de los hijos nacidos dentro del matrimonio, en caso de que fuera esta la situación.

<sup>90</sup>Acerca de esta y otras informaciones, ver Hernández, Pedro Pablo, “La personalidad y derecho familiar”, s/e, Tomo II, Editorial Impresora Soto Castillo, Santo Domingo, República Dominicana, enero 2015, p. 45. Acerca de lo tratado, el referido autor resalta que los cónyuges, en caso de separarse e iniciar el divorcio por mutuo consentimiento, deben realizar un inventario de sus bienes sin la necesidad de realizar el avalúo de estos, y que vale únicamente con la mención descriptiva que se realice sobre lo que existe en su haber con “suficiente claridad”, porque con ello el legislador procura “evitar la distracción de aquellos.” Asimismo, en torno a la pensión alimenticia y la guarda de los hijos nacidos en el matrimonio, expresa que en la práctica se realizan otros acuerdos que prodigan la situación jurídica de aquellos, y que no se enmarcan dentro del acto de estipulaciones y convenciones. Y que esto es posible porque “lo que la ley no regula, tampoco lo prohíbe.” Además, concluye que puede la mujer renunciar tanto a la pensión como al uso de la vivienda, sin ningún tipo de inconveniente, al tiempo de que esta puede decidir si se queda en el domicilio de la vivienda familiar, o si puede habitar otra residencia, con los gastos a cargo del marido, en el extranjero —aduce el autor en cuestión—.

los proyectos del Código Civil del año 1851 y por el anteproyecto del Código Civil comprendido entre el periodo 1882-1888<sup>91</sup>. Dichos textos se vieron plagados de acuciosas ideas jurídicas que permitieron ciertos avances en esa materia, y que trajeron consigo los primeros intentos de regulación orientados a favor de la celebración de los acuerdos privados por parte de los cónyuges.

El proyecto del Código Civil de 1851 —conocido como el proyecto de García Goyena— se caracterizaba por ideas innovadoras y por un despliegue masivo de modificaciones que dotaban a los consortes de herramientas jurídico-rationales para la realización de negocios jurídicos entre sí, de modo que los personajes principales de una unión matrimonial pudieran ajustar sus necesidades e intereses a lo permitido como objeto contractual. El Código en cuestión, sin embargo, preceptuaba el inconveniente de que los cónyuges pudieran convenir la renuncia expresa o tácita de la comunidad legal del matrimonio, así como la prohibición de que los esposos pactaran aspectos que pudieran afectar a terceros, cosa que hemos ido viendo como común denominador en casi todos los regímenes legales que han sido objeto de análisis en el presente estudio.

Asimismo, contemplaba como única opción la renuncia a la sociedad legal del matrimonio en ocasión del cese de este como consecuencia inmediata de una separación judicial. Otro dato relevante es que el código en cuestión prohibía, por igual, que los miembros de la pareja llegasen a realizar donaciones entre ellos (aspecto regulado en el art. 1.259 del proyecto del Código Civil del 1851).

Igualmente, el referido compendio legislativo también tenía la particularidad de estar “inspirado en las bases del Código de Napoleón”, y sienta las raíces jurídicas de que los consortes puedan, mediante pacto, mitigar, excluir o renunciar los efectos de la sociedad legal del matrimonio; y consagra, por otro lado, la prescripción “estatutaria” de lo que contienen las capitulaciones matrimoniales, o lo que estas deben contener para “dejar constancia de los bienes que al matrimonio aporta cada uno de los esposos”<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. Cit.*, pp. 30-78.

<sup>92</sup> Torres Herrera, Luisa Moreno, “Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, año 72, ISSN 0210-0444, núm. 634, 1996, pp. 849 y 850, citado por Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, p. 34.

Sin embargo, el Código Civil de 1889 adoptó la particularidad de tomar en cuenta la existencia jurídica de las capitulaciones matrimoniales, dotando para ello a los cónyuges del “principio de libertad”, para que puedan, a través de dichos capítulos, optar por el régimen económico del matrimonio que más les pudiera favorecer a ellos; y lo estipuló, en ese sentido, en el artículo 1.315 del código<sup>93</sup>.

Posteriormente, fue incorporado el principio de *mutabilidad* del régimen económico del matrimonio, mediante la Ley 14/1975, de 2 de mayo de 1975. La normativa que nos ocupa se caracteriza por revestir de derechos independientes a la mujer casada, dotándola de capacidad de actuar con plena eficacia (gracias a los esfuerzos realizados por una vertiente liberal que imperaba en aquellos días de concientización social queriendo equiparar, a efectos jurídico-civiles, al hombre con respecto a la mujer), y se resaltan vehementemente los derechos y deberes de los cónyuges. Asimismo, esta normativa destinó algunos apuntes de importancia medular que giraban en torno a los cambios sociales de la época, cuando se postulaba la igualdad jurídica que habíamos hecho mención anteriormente. Por esta razón, la pieza legislativa suprimió todo lo relativo a la “obediencia de la mujer a su esposo y la desaparición del requisito de licencia marital”<sup>94</sup>. Además, se logró consignar también, como cambios significativos, que la nacionalidad y el domicilio de los cónyuges sean siempre de carácter voluntario y de común acuerdo.

---

<sup>93</sup> El artículo 1.315 del código civil, en su redacción originaria, reseñaba lo siguiente: “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.” N. del A.: La intención de lo preceptuado en el artículo citado, lo que procuraba, a nuestro modo de ver, era revestir y dotar de derechos y obligaciones a los contrayentes en ocasión de celebrarse el matrimonio; y de que estos pudieran elegir el patrimonio legal, a través de las capitulaciones matrimoniales, que han de regir los efectos legales del matrimonio, con proyección de prevenir ciertas eventualidades anómalas que pudieran suscitarse al discurrir el tiempo, y, más aún, porque la esencia jurídica del precepto legal en cuestión contiene las bases de una comunicación amparada en los enclaves de la fiducia o estado de confianza de los cónyuges. Esto así porque los esposos debían ventilar el estado patrimonial (activos y pasivos) en los que se encontraban previo a la celebración del matrimonio. Lo que dio origen a la existencia actual de las capitulaciones matrimoniales y, por consiguiente, a la inmutabilidad del régimen; y en caso de no existir un pacto que tenga incidencia sobre los efectos legales del matrimonio, entonces, operaba de pleno derecho el carácter supletorio de la normativa, el cual consistía en el régimen legal de bienes gananciales.

<sup>94</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, pp. 30-78 y Martínez Calvo, Javier, *op. cit.*, p. 23.

Otra legislación, de igual modo, como la Ley 14, sentó las bases para las creaciones y modificaciones futuras de otros instrumentos legislativos, como son las leyes del 13 de mayo y el 7 de julio de 1981 (Ley 11/1981 y Ley 30/1981<sup>95</sup>, respectivamente); además, de que desmontó la estructura y el paradigma jurídico que se tenía como regla general sobre la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio; y, por el contrario, se dio paso a una reforma gradual del artículo 1.315 del Código Civil, que permitió, en consecuencia, la admisibilidad de poder cambiar el régimen económico del matrimonio en sede matrimonial<sup>96</sup>.

Más adelante, la Ley 11, de 13 de mayo de 1981 (Ley 11/1981) patrocinó el libre otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, con lo cual prescribió algunos aspectos que se decantaban por: “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”<sup>97</sup>. Por igual, las modificaciones en cuestión recayeron sobre otras materias, como resultó ser la filiación y la patria potestad<sup>98</sup>.

La exégesis inexorable de esa normativa de 1981 iba ligada a la esencia misma de la igualdad patrimonial que los cónyuges debían detentar, previo a la formación o al arreglo de cualquier tipo de acuerdo que ejerciera un contrapeso sobre la afección directa del régimen patrimonial del matrimonio. El legislador español de entonces logró prever la posibilidad de que los consortes pudieran disponer de su plena libertad para pactar, en función de sus intereses y necesidades, pero dentro de la línea perimetral de la

---

<sup>95</sup> La Ley 30/1981, de 7 de julio de 1981, modificaba la regulación en lo atinente al matrimonio, y establecía expresamente el procedimiento en caso de nulidad, separación y divorcio, y se instaura, de manera clara y precisa, todo lo relativo al convenio regulador. Además, se permite a los consortes poder autorregular los efectos propios y directos de la ruptura matrimonial.

<sup>96</sup> Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, pp. 30-78

<sup>97</sup> Álvarez, Ávila Pedro, “El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, año 57, ISSN 0210-0444, núm. 547, noviembre-diciembre 1981, p. 1.373; Rueda Pérez, M. A. y Rueda Pérez, J. M., “Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981”, en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, año 66, ISSN 0034-7922, junio 1982, p. 591, citado por Figueroa Torres, Marta, *op. cit.*, p. 49.

<sup>98</sup> Martínez Calvo, Javier, *op. cit.*, p. 23.

flexibilización que debía caracterizar a toda contienda contractual, basada en la propia autonomía de la voluntad de las partes. Tales precisiones eran de entera novedad en razón de la factibilidad técnico-legal y los mecanismos que lograba proporcionar este nuevo instrumento jurídico con relación a la normativización de las bases legales del matrimonio<sup>99</sup>.

Así, en principio, se procuraba emancipar los efectos del régimen primario (figura jurídica de origen francés: *'Régime primaire impératif'*, que consistía en limitar los efectos de la autonomía de la voluntad de las partes, para darle cierto criterio de seguridad jurídica a los principios que se tenían concebidos para la institución del matrimonio en aras de preservar la “comunidad de vida” de la sociedad conyugal<sup>100</sup>) que, en efecto, propugnaba por asentar los hitos de igualdad de cada uno de los cónyuges, advirtiendo —con un conjunto de reglas— la no supremacía de los intereses de un consorte sobre la voluntad de la parte más vulnerable.

En esa misma tesitura, como forma explícita y garante de derecho, la norma de 1981 se balanceaba a favor de que los acuerdos celebrados entre los cónyuges fueran custodiados o supervisados por el control judicial para brindarle, de esta manera, un soporte constitucional a lo “acordado por los cónyuges”, porque se entendía que estos tipos de acuerdos eran otorgados bajo la premisa de que atentaría contra la efectividad legal de la institución del régimen primario<sup>101</sup>. Y, por ello, era de exigencia *sine qua non* la existencia documental (prueba escritural) del acuerdo sostenido entre las parejas como rastreo auditable para el mencionado arbitrio judicial. Así, pues, se señalaban objetivamente las reglas fundamentales que moldeaban la libertad de elección de los cónyuges, poniéndole coto a las estipulaciones anticipadas que pudieran ir en contra de

---

<sup>99</sup> Cuadrado Pérez, Carlos, “El régimen económico matrimonial. Disposiciones generales”, en AA.VV., *Tratado de Derecho de Familia* (Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas), s/e, Vol. III, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 2011, pp. 182-185. Asimismo, se aprecia, como parte de las conquistas que el Derecho de familia ha venido logrando en los últimos tiempos, la legitimación de determinados derechos en procura de ampliar el radio de acción de los efectos legales provenientes de la propia autonomía de la voluntad de los cónyuges. (Gaspar Lera, Silvia, “Acuerdos prematrimoniales sobre las relaciones personales entre cónyuges...”, *op. cit.*, p. 1.043).

<sup>100</sup> Cuadrado Pérez, C., *op. cit.*, pp. 182-185.

<sup>101</sup> Muñiz Espada, Esther, “El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario”, *Revista Jurídica del Notariado (RJN)*, s.d., ISSN 1132-0044, núm. 44, 1987, pp. 190-212.

las leyes, la moral y las buenas costumbres, de suerte que tales exigencias deban imperar en toda contratación de este tipo de estirpe convencional promoviendo el plano de la igualdad conyugal<sup>102</sup> (arts. 1.327 y 1.328 del Código Civil Español, que, en lo adelante, resumimos como CCEs o CC).

Así las cosas, cualquier contrato capitular o acuerdo de vital importancia que pudieran, en razón del mismo, pronunciarse sobre el régimen matrimonial que habría de normar las relaciones conyugales, podría ser otorgado entonces previo al matrimonio o con posterioridad al mismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.315, 1.325 y 1.326 de la señalada normativa<sup>103</sup>.

La doctrina entiende, asimismo, que el amparo legal para celebrar los pactos en previsión de ruptura se encuentra cobijado en el art. 1.255 del CCES actual, el cual dispone que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público.” Otro artículo que vincula la sostenibilidad legal de dichos acuerdos se encuentra en lo preceptuado en el art. 1.323, que dota y faculta de entera libertad, y de conformidad con lo que expresa al unísono la doctrina, a que las partes puedan celebrar cualquier tipo de contrato que se les ajuste y adecue a sus intereses y necesidades. Este

---

<sup>102</sup> Cervilla Garzón, Marida Dolores, *op. cit.*, pp. 38 y 39. La reforma de 1981 fue, en realidad, la que instauró el elemento de la “libertad contractual” de los esposos; y es como ya habíamos advertido, el legislador pretendió, mediante la aplicabilidad de lo preceptuado en el artículo 1.328 del CCEs, que se hiciera por parte de los consortes un uso adecuado de lo allí dispuesto, con el fiel objetivo de que los interesados no entraran en un “sistema de derechos y deberes conyugales discriminatorio y contrario a la Constitución Española” (en lo adelante, CE). Por el contrario, la esfera de la acción regulada buscaba que las partes pudieran actuar con toda la libertad de poder pactar aspectos de contenido patrimonial, y que permita a estas, por mandato constitucional, regular sus relaciones jurídicas-económicas, sin afectar los derechos de igualdad o de la persona. (Cervilla Garzón, Marida Dolores, *op. Cit.*, pp. 38 y 39). Es menester señalar que, cuando se introdujeron los cambios a la norma sustantiva de referencia, primaron ciertas características que eran proclives a salvaguardar la autonomía privada como fundamento de los acuerdos celebrados entre los cónyuges. Esas características fundamentales, por tanto, se erigieron en tres pilares de peso: “la subjetivización, desregulación y la privatización” de las relaciones familiares. (Labadie Jackson, Glenda, *op. cit.*, p. 7).

<sup>103</sup>Ver Pérez Sanz, Antonio, “Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, ISSN 0210-3249, Tomo XXVI, 1985, p. 10; igualmente, ver Cabanillas Sánchez, Antonio, “Comentario del Código Civil, [arts. 1.325 a 1.335]”, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1991, p. 602; Lasarte Álvarez, Carlos, “Principios de Derecho Civil”, Tomo VI, Madrid-Barcelona, 2002, p. 168; y Labadie Jackson, Glenda, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

último precepto legal dispone que “los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.” En iguales dimensiones, y como complemento perfecto acerca de la validez de los pactos en previsión de ruptura, se encuentra el art. 1.325 del CCES, el cual normaliza, en su parte *in fine*, que las partes pueden acordar “cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio.”

En tiempo reciente, específicamente el 8 de julio de 2005, se aprobó la Ley 15/2005 que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Con tal instrumento legislativo se procuró dotar a los cónyuges de ciertos componentes que les permitiera “decidir unilateralmente poner fin a su matrimonio”, desaparecen las causas de separación y divorcio que les movieran a hacer uso irrestricto de su propia autonomía de la voluntad privada<sup>104</sup>. Sin embargo, el legislador estatal no aprovechó la coyuntura que el momento le ofrecía, y no reguló expresamente los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, como modelo alternativo de solución de conflictos para aquellas relaciones que se adentran a circunstancias que pudieran desencadenar la crisis matrimonial y, por vía de consecuencia, originarse la ruptura del lazo conyugal de aquellos (oportunidad que sí tuvo el legislador catalán en el año 1998, al advertir las situaciones o extremos de crisis que las partes querían normar para consignar, subsecuentemente, y de forma expresa, los efectos provenientes de los acuerdos o pactos prenupciales en previsión de ruptura<sup>105</sup>, contexto que abordaremos a continuación).

---

<sup>104</sup> N. del A.: la particularidad de esta ley, es que dotó a los interesados de un conjunto de reglas que les permitiera viabilizar sus necesidades e intereses, en circunstancias de crisis matrimonial; y a través del marco legislativo, poder hacer uso de sus prerrogativas abiertamente para dirimir los conflictos o diferencias que se les pudiera presentar en la base del matrimonio. Ello se infiere de lo establecido en el párrafo noveno (IX) de la susodicha ley, el cual expresa que: “La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio.” (Exposición de motivos de la Ley 15/2005); y véase, también, Martínez Calvo, Javier, *op. cit.*, p. 23.

<sup>105</sup> Cfr. con Ginés Castellet, Núria, *op. cit.*, pp. 2.583 y 2.584.

## V. Conclusiones.

### V. CONCLUSIONES

Habiendo expuesto todo lo anterior, logramos determinar que los acuerdos prematrimoniales en ocasión de crisis y en previsión de ruptura matrimonial exhiben una serie de particularidades que, en caso de no tenerse el adecuado conocimiento sobre las mismas, los cónyuges podrían pactar extremos o aspectos que devendrían en una nulidad e ilicitud contractual. En vista de ello, y bajo el esquema de consignar los hitos de referencia que sirvan de sustento para el marco de validez de los referidos acuerdos prospectivos, hemos arribado a las siguientes conclusiones, a saber:

**PRIMERA:** Se ha podido confirmar o comprobar la hipótesis inicial de la actual investigación, al establecerse que, si se dispone del conocimiento pormenorizado —la comprensión y la aplicación de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura—, entonces es posible determinar en forma correcta la manera en que los cónyuges satisfagan sus necesidades e intereses conforme al buen derecho en sociedad.

**SEGUNDA:** Que el estudio de los distintos sistemas normativos que fueron objeto del presente trabajo nos permitió extraer los aspectos fundamentales que convergen entre sí, y destacar, básicamente, que el contrato capitular es la sede por excelencia que permite albergar los pactos en previsión de ruptura para administrar los efectos propios de la disolución del vínculo matrimonial. Al mismo tiempo, se pudo determinar que los acuerdos preruptura, por su condición de ser eminentemente novedosos, se encuentran presentes de forma nominal en muy pocos ordenamientos legales, tanto en la legislación europea como en la americana. No obstante, su precedente inmediato sí podríamos hallarlo en el sistema jurídico anglosajón, en especial, en el Derecho estadounidense. Este último ha sido el marco regulatorio que ha

servido de ejemplo a otros sistemas normativos, en virtud de que el mismo consagra principios y lineamientos generales aglutinados en la PFD, pieza publicada por ALI en el año 2002, así como por el sistema regulatorio y avanzado que la UPAA logró instaurar. A partir de tales disposiciones, Cataluña, a modo particular, se vio influenciada por la visión del legislador estadounidense para incorporar en su sistema normativo los principios anteriormente mencionados. Y, como fruto de tales circunstancias, se adoptó la Ley 25/2010, del 29 de junio, la cual contiene el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (trata a la persona y la familia), y tipifica expresamente el tratamiento y la administración de los pactos en previsión de una eventual ruptura matrimonial.

**TERCERA:** Que la concepción más acertada y abarcadora de los pactos preruptura es aquella que indica que se trata de un acuerdo sinalagmático perfecto celebrado entre los cónyuges, y que tiende a englobar negociaciones u operaciones jurídicas que tienen por objeto la previsión de las consecuencias positivas y negativas que puedan afectar tanto los aspectos personales como los patrimoniales de aquellos, y que encuentra su origen en una visión prospectiva de una casual ruptura o disolución del vínculo matrimonial bajo los esquemas circunstanciales de muerte (de uno de los cónyuges), divorcio, separación o nulidad matrimonial.

**CUARTA:** Que entre las características y la naturaleza jurídica de los pactos prenupciales en previsión de ruptura se destaca la condición de tener una naturaleza eminentemente contractual, por encontrar su fundamento en la propia autonomía de la voluntad de los cónyuges. Y se caracterizan, además, por ser consensuales y sinalagmáticos perfectos, porque penden directamente de la voluntad equiparable de los consortes, y con ello se procura salvaguardar el libre consentimiento de los interesados en la fase preliminar de la contratación. Asimismo, tienen una característica peculiar de ser eminentemente onerosos, puesto que, en su mayoría, los elementos que se logran tranzar recaen sobre aspectos de índole económico-patrimoniales.

En igual sentido, los pactos cautelares tienen la peculiaridad de ser innominados, pues carecen de una regulación expresa a nivel estatal, y logran, sin embargo, cimentar su esquema de validez en las diferentes vertientes de la doctrina jurisprudencial.

Por otro lado, procuran también solventar los procesos de la crisis conyugal. No obstante, en cuanto a su cabal cumplimiento, el acuerdo como tal se encuentra supeditado (*'conditio juris'*) al momento en que surja el elemento formal y patentable de la crisis convivencial a lo interno de la institución familiar.

Y, además, otra de las características que poseen estos acuerdos es que intentan reducir los costos, tanto desde el punto de vista económico como lo atinente al desgaste físico-emocional que personifican las partes en un proceso contencioso-administrativo y judicial que procura el desenlace matrimonial.

**QUINTA:** La clasificación objetiva de los acuerdos prenupciales obedece al tipo de contenido material que las partes, mayormente, logran pactar, y tienen por norte la regulación detallada de los aspectos económico-patrimoniales y financieros de la relación marital, al tiempo de normar otros extremos que recaen en el ámbito personal de los consortes. De ahí que la categorización más común de los pactos en cuestión logra cimentarse en las siguientes ramificaciones:

1. Pactos que inciden sobre los deberes conyugales y la vida futura de los cónyuges en caso de separación o divorcio. Concluimos que estos tienen un carácter de incoercibilidad con respecto a su cumplimiento, puesto que su obligación principal radica en un compromiso de índole moral que pivota a favor del matrimonio. No obstante, sí somos partidarios de que, en caso de que se logre determinar el lazo causal del daño cometido por uno de los cónyuges con respecto al otro, entonces es posible que el consorte incumplidor deba responder por una indemnización de carácter pecuniario en asistencia de aquel que haya padecido un menoscabo directo ante semejantes circunstancias. Inclusive, se pudo evidenciar que, en otras latitudes jurisdiccionales (aquellos países fundamentados en el *'Common Law'*: Inglaterra y EE.UU.) se ha concretado la factibilidad jurídica de que los cónyuges puedan convenir “cláusulas

indemnizatorias” en ocasión de que los mismos faltasen al cumplimiento de sus respectivos deberes u obligaciones conyugales.

En igual sentido, la doctrina jurisprudencial se ha decantado por admitir una indemnización en beneficio de uno de los cónyuges, en ocasión de comprobarse la existencia de un daño moral por infidelidad, y que, como resultante de ello, se patente la concepción de hijos fuera del matrimonio (SAP de Valencia [Secc. 7ª], núm. 597/2004 [AC 2004/1994], de fecha 2 de noviembre de 2004).

Sin embargo, en relación con los acuerdos que tengan por objeto disciplinar la vida futura de los consortes, tenemos a bien mostrar nuestra negativa o discrepancia de admisibilidad en torno a un pacto preruptura que sea promovido con tal finalidad, ya que el mismo alteraría el derecho a la libertad y el libre desarrollo de las personas, y por contrariar lo tipificado en la ley, la moral y el orden público. En consecuencia, un pacto sufragado en ese sentido debe ser catalogado como nulo de pleno derecho.

2. Los acuerdos prematrimoniales que afectan la facultad de solicitar la separación o divorcio no deben prosperar jurídicamente cuando se pretenda en ellos limitar, excluir o modificar el derecho a instar la separación matrimonial, dado que, tras aprobarse la Ley 15/2005, el divorcio culposo desapareció de todo el andamiaje jurídico español. Y un acuerdo otorgado en ese sentido contravendría lo dispuesto en la pieza legislativa indicada, así como lo prescrito en el artículo 32 CE y lo consagrado en el precepto legal 1814 CC. Empero, sí somos defensores de un acuerdo que consigne una indemnización del tipo civil, al registrarse determinados supuestos que impliquen un daño material para uno de los cónyuges cuando se concrete la ruptura matrimonial. El acuerdo realizado en esa dirección, sin embargo, debe ser proporcional a la capacidad jurídico-económica de los consortes con respecto al monto establecido en la sede contractual, y respetar, sobre todo, el principio de igualdad entre aquellos, teniendo presente también que no debe dejarse a consideración de uno de los

cónyuges el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas, sino que dichas obligaciones deben ser equiparables entre los interesados.

3. Pactos que contienen una posible causa de ruptura matrimonial y consignan, a la vez, una indemnización por separación o divorcio. Estos acuerdos tienen como premisa fundamental el permitir que los consortes puedan matizar las circunstancias que entiendan por “desfavorables” a la convivencia conyugal. Y les ofrece, asimismo, un modo particular de alinear las condiciones y situaciones especiales de cada uno de los consortes a la realidad positiva del matrimonio; es decir, mediante estos pactos se puede contemplar, de antemano, algunos escenarios que serían prácticamente insostenibles de cara a la convivencia matrimonial, pues facilitan, en todo caso, la salida del matrimonio sin ningún tipo de reservas que lamentar.

Sin embargo, lo más atrayente de todo esto es que, producto del daño físico, material y espiritual, las partes puedan recibir una compensación de índole civil tras materializarse la disolución del vínculo matrimonial. En ese sentido, opinamos que un acuerdo concebido con tales características sí podría gozar de entera validez, siempre y cuando se encuentren presentes los principios de reciprocidad e igualdad en la relación contractual de la pareja de esposos. También es oportuno señalar que se deben respetar los linderos establecidos en la ley, la moral y el orden público para su total legalidad.

4. En cuanto a los acuerdos prenupciales con función de Convenio Regulador, entendemos que, conforme al sistema legal imperante, dichos acuerdos tienen un voto favorable de admisibilidad, por lo que las partes pueden concebirlos previamente a la concepción del matrimonio y ser tomados como parámetro general para la formulación definitiva del Convenio Regulador. A pesar de ello, los pactos que hayan sido cedidos en ese tipo de circunstancia deben ser cónsonos, para su correcta validez, con lo establecido en el art. 90 CC, así

como tomar en cuenta los límites infligidos a las cuestiones planteadas como objeto contractual y su correspondiente homologación judicial.

5. Sobre los acuerdos prenupciales que tienen funciones o características de capitulaciones matrimoniales y administran también los efectos de la disolución matrimonial, podemos indicar que los mismos procuran regular y administrar la plataforma jurídica de la institución matrimonial, esto es: elegir, modificar o extinguir el régimen económico matrimonial. La elaboración de estos puede efectuarse con anterioridad a la concepción solemne del matrimonio, y su contenido puede incorporarse posteriormente a las capitulaciones matrimoniales. En todo caso, cuando se pretenda crear, modificar o extinguir la estructura económico-patrimonial y financiera del matrimonio mediante los referidos pactos, entonces estos han de hacerse constar en un documento bajo escritura pública. Con todo, somos partidarios de que un acuerdo dado en ese tenor puede disfrutar de su entera validez en el ordenamiento jurídico español.
  
6. En relación con los acuerdos prematrimoniales que versen sobre la administración y el tratamiento de la compensación por desequilibrio económico, regulado por el entramado legal del artículo 97 CC, consideramos que cabe la posibilidad de renunciar, modificar o excluir la aplicación literal de lo dispuesto en el precitado instrumento legal y, por consiguiente, lo atinente a la prestación compensatoria, toda vez que la estructuración de un pacto cautelar permita prever las circunstancias o incidencias que afecten el empleo de esta. La dogmática jurídica, así como la doctrina jurisprudencial se han ido pronunciado a favor de la recepción de las estipulaciones de este tipo y, puntualmente, sobre la renuncia expresa de la pensión en cuestión. No obstante, un sector de la comunidad jurídica afirma que un acuerdo otorgado en esa tesitura debería tratarse como un contrato carente de legitimidad, esto así en virtud de que las partes no pueden disponer de un bien o derecho que aún no ha nacido.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, un pacto que reseñe tales vertientes no representa impedimento alguno de validez conforme al ordenamiento jurídico español, debido a que lo dispuesto en la norma tiene un carácter dispositivo en cuanto a su aplicabilidad, y las partes pueden matizar, de acuerdo a lo normalizado en el art. 6.2 CC, el abordaje de todo lo prescrito en relación con la supraindicada compensación teniendo por diligencia la conveniencia particular de aquellos. Pese a tal situación, es destacable que, al momento de la confección de un acuerdo con tales características, este debe acogerse a los principios de igualdad, proporcionalidad y solidaridad, los cuales deben mediar en toda contratación jurídica de índole familiar. Al mismo tiempo, debe caracterizarse por preservar el bienestar jurídicamente protegido de cada uno de los consortes, y debe guardar, asimismo, una consonancia simétrica con los lineamientos dispuestos por la ley, la moral y el orden público.

7. En esa misma línea argumental, cabe también la posibilidad de que, a través de un acuerdo previsor, se pueda renunciar, de forma anticipada, a la compensación por el trabajo para la casa, prevista en el artículo 1438 CC, la cual puede ser perfectamente renunciante tras considerarse como un supuesto que procura desistir de la ley aplicable. Lógicamente, para formalizar tal renuncia, se debe tomar en consideración lo argüido en el art. 1348 CC, puesto que la citada compensación prospera únicamente en el marco exclusivo de un matrimonio con separación de bienes. De la misma forma, se ha de ponderar las circunstancias en que uno de los cónyuges se dé por completo a los quehaceres domésticos del hogar, y comprobarse igualmente que ambos consortes contribuyeron con las cargas inevitables del matrimonio (STS de 14 de julio de 2011). Así pues, un pacto planteado en esa tesitura no exhibe inconveniente alguno para que sea debidamente acogido por el sistema normativo actual. De más está reiterar que el acuerdo otorgado con el ánimo de disciplinar la prestación antedicha debe establecerse sobre la encomienda de que subsistan en todo momento las obligaciones de igualdad entre los consortes, y más de cara a

las contraprestaciones que ambos se profesen. Para terminar, se debe resaltar que lo estipulado por la pareja de esposos en el acuerdo no puede ni debe contravenir lo dispuesto en la ley, la moral y el orden público.

8. En lo relativo a los pactos que promuevan el uso o la disposición de la vivienda familiar en caso de separación o divorcio, derecho normalizado por el artículo 96 CC, se trata de actos jurídicos que procuran facilitar el usufructo de la vivienda habitual de la familia, por lo regular, en favor del cónyuge que adquiera la guarda y custodia de los hijos nacidos en el matrimonio. También, es muy probable que vaya en auxilio del consorte que exhiba la condición más vulnerable, desde el punto de vista económico, en la relación marital. Y es una manera, por así decirlo, de que el cónyuge no favorecido le sea computada la acción como una forma de contribuir con la manutención de los hijos concebidos durante el desarrollo de la institución matrimonial. No obstante, la validez del pacto, ante las destacadas circunstancias, deberá pasar por el escrutinio y la tasación judicial por parte del juez para su correspondiente confirmación legal.
  
9. Otro de los acuerdos que concitan gran interés en la comunidad jurídica para determinar su validez legal son los pactos prospectivos que tienen incidencia sobre la guarda o custodia de los hijos menores e incapacitados. Los mismos hallan su fundamento legal en los artículos 155 y ss. del Código Civil español, los cuales facultan a los cónyuges el poder regular todo lo relacionado con la figura de la responsabilidad parental. Igualmente, las partes pueden pronunciarse sobre el modo en que puede y debe realizarse el régimen de visitas, tanto para los progenitores de los hijos en cuestión como para los abuelos de los mismos. En igual sentido, el acuerdo previsor puede disponer la forma en que se puede realizar la pensión de alimentos, que tiene por eje fundamental lo expuesto en el artículo 146 CC, y anticipa que el monto establecido sobre el particular debe satisfacer enteramente las necesidades del menor; pero, dicha

medida no puede ser contraria al bienestar económico de ninguno de los consortes.

Así las cosas, otra de las circunstancias a tomar en cuenta es que el acuerdo como tal no puede ser nocivo o perjudicial al interés del menor (*'favor filii'*), ya que cualquier aspecto que atente contra la suerte del mismo entraría en el umbral de invalidez, porque se trata de materias de carácter imperativas. Con todo, el pacto en sí debe atravesar el proceso del arbitrio judicial, a los fines de establecer si los derechos de los menores e incapacitados han sido debidamente salvaguardados y, de este modo, dictaminar la operatividad positiva y la admisibilidad del acuerdo preventivo que nos asiste. Finalmente, las partes no pueden normar acerca de la reducción, extinción o el derecho exclusivo sobre la guarda y custodia de los hijos mejores de edad, ya que un acuerdo forjado en tales términos carece de la suficiente fuerza legal para su aplicabilidad en el ámbito social.

10. En torno a los pactos cautelares que prevén los supuestos de matrimonios declarados nulos, podríamos señalar que, pese a la no mención expresa de una norma que regule tales cuestiones, los cónyuges pueden arribar, en todo caso, a una serie de aspectos que convergen positivamente en la forma de la disolución matrimonial. Esto así, en virtud de que los artículos 79 y 91 del CC, respectivamente, dotan al cónyuge de buena fe de suficientes herramientas legales para que pueda modelar su situación jurídica en caso de producirse una nulidad matrimonial. Y para que este pueda, asimismo, percibir una indemnización de carácter civil por los daños y perjuicios acaecidos durante la configuración definitiva de la precitada nulidad institucional.

De igual forma, consideramos que un acuerdo esculpido en tales circunstancias brinda la suficiente garantía para que los hijos procreados (en un matrimonio que pueda devenir en nulidad absoluta) lograsen alcanzar un adecuado nivel de sostenibilidad que les permitan desarrollarse y evolucionar en un ambiente

íntegramente saludable. Además, habría que suponer, por otro lado, que, al momento de producirse el nombrado pacto anticipatorio, las partes o una de ellas desconocían las causas que convergen con la nulidad matrimonial (la figura del error, por ejemplo), lo cual habilita al cónyuge que contrajo nupcias de buena fe a invocar lo convenido en el supraindicado acuerdo. En consecuencia, hemos de calificar que las razones y el móvil que dieron origen al acuerdo previsor son eminentemente válidas, y que los efectos reglamentarios que se extienden en aquel no entran en contradicción con la anulabilidad del matrimonio como contrato marco.

**SEXTA:** Entre las similitudes y diferencias más palpables que pudiéramos encontrar entre un pacto prruptura, con relación a las capitulaciones matrimoniales y el Convenio Regulador, se destacan concretamente los siguientes puntos:

Primero, los pactos prruptura y las capitulaciones matrimoniales son contratos que se conciben previamente a la celebración solemne del matrimonio, y ambos convenios permiten regular la relación armoniosa entre los futuros cónyuges o cualquier otra situación que sea en razón del matrimonio mismo. No obstante, las capitulaciones matrimoniales se diferencian de los acuerdos prospectivos al disciplinar todo lo referente a la elección, modificación o extinción del régimen legal económico del matrimonio como tal. Y, para ello, las mismas han de hacerse constar en un documento público. Los pactos cautelares, sin embargo, no pueden pronunciarse explícitamente sobre tal cuestión; aunque sí pudiera tomarse lo alcanzado en el contenido del pacto como parámetro o modelo general para su posterior incorporación en la sede de un contrato capitular.

Y, segundo, los convenios reguladores tienen cierta similitud con los pactos preventivos, que se pronuncian sobre determinados aspectos de índole económico-patrimonial y financiero que han de gobernar la relación de los consortes en la fase posterior a la disolución de la institución matrimonial. Asimismo, los indicados acuerdos tienen cierta homogeneidad por tratar todo lo enunciado en el artículo 90 CC. Empero, en lo atinente a sus marcadas diferencias, pudiéramos resaltar que el convenio regulador

surge en el momento clave de la crisis matrimonial, y ha de ser homologado por un tribunal constituido a tales efectos para su correspondiente legalización o validación legal. El pacto preruptura, de su lado, puede surgir antes de la concepción matrimonial y durante la vigencia de este; pero, para su puesta en ejecución, se debe dar el elemento formal de la crisis matrimonial, ya que esta es considerada como una condición jurídica que opera como requisito *sine qua non* para el cabal cumplimiento del acuerdo en cuestión. Y no está sujeto, por igual, a la validación judicial.

**SÉPTIMA:** El fundamento legal de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial radica, primordialmente, en el derecho a la libertad de contratación, el cual va supeditado siempre a la cifrada y pretendida autonomía de la voluntad de los cónyuges, para que los mismos puedan realizar negocios jurídico-familiares entre sí. Sin embargo, existen ciertos límites que frenan la aludida autonomía privada de los consortes, cuyas demarcaciones podríamos hallarlas diseminadas en la Constitución española (específicamente los arts. 14, 32.1, 39.1 y 2, respectivamente). Tales disposiciones tienen por fuerte proteger el principio de igualdad de los cónyuges, la institución familiar y el recuadro de los elementos de contratación que comportan la seguridad jurídica.

En igual sentido, podríamos registrar otros límites a la propia autonomía de la voluntad de los cónyuges que se encuentran predicados en el marco del respeto a la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC), y se refieren a normas que son consideradas de carácter imperativas. Al mismo tiempo, se debe precisar que los acuerdos alcanzados por las partes no pueden ser contrarios al bienestar de los hijos del matrimonio o resultar grave para uno de los cónyuges (art. 90 CC). Y, por último, se identifican también otros términos marginales que le ponen coto a la antedicha autonomía, al comprobarse la nulidad de un pacto preventivo por ser contrario a la equiparación en términos de derechos de los cónyuges con respecto a lo contratado (art. 1328 CC).

**OCTAVA:** Los acuerdos prenupciales en previsión de una ruptura matrimonial son actos jurídicos verdaderamente versátiles y novedosos, por lo que su regulación nominal no se encuentra patentada en el Código Civil estatal. De ahí que, para su adecuada administración y tratamiento jurídico, se debe acudir a las disposiciones generales de contratación del derecho común y a la dogmática jurisprudencial existente, las cuales han permitido la legalidad pragmática de estos pactos previsoros. Habida cuenta de tales circunstancias, hemos de realizar algunas puntualizaciones de manera concluyente con miras a delimitar la política jurídica del recuadro de validez en que se incardinan los acuerdos que nos incumben. A saber:

1. En un principio, la regla de validez de los pactos preruptura se ciñe a los requisitos o elementos generales de contratación: consentimiento, objeto y causa, contenidos en el artículo 1261 CC, y los requerimientos de forma *ad substantiam* exigidos por ley (arts. 1279, 1280 y 1327 CC) para todo tipo de negociación del orden civil.
2. Asimismo, y en complemento de lo anterior, los señalados pactos encuentran cobijo de legalidad en los preceptos legales 1323 y 1325, respectivamente, del Código Civil, los cuales dotan y facultan de entera libertad a los cónyuges para que puedan contratar entre sí; y les brinda, en igual sentido, la posibilidad de que puedan pactar ciertos aspectos que redunden positivamente en razón del matrimonio.
3. Otro de los lineamientos generales de contratación que viabilizan la licitud de estos acuerdos son los principios de igualdad y reciprocidad que deben ambos consortes respetar durante la articulación preliminar de los pactos prospectivos (art. 32.1 CE y 1328 CC). Esto así, porque ha de primar, en todo momento, una proporcionalidad constante de las informaciones económico-financieras y patrimoniales que se deben otorgar mutuamente los futuros contrayentes.

4. De igual manera, el artículo 90.2 CC es otro de los preceptos legales que podríamos colocar como fundamento legal de validez de estos pactos, ya que lo arribado por las partes en el acuerdo no debe ser contrario al bienestar de los hijos nacidos en el matrimonio (quienes, además, son protegidos por lo dispuesto en el art. 39 CE), y tampoco ser lesivo para uno de los cónyuges contratante.
5. La clausula *rebus sic stantibus*, como soporte jurídico de los pactos preruptura, entra en juego para identificar si en la producción de un acuerdo cautelar el consentimiento de las partes fue debidamente estructurado y, posteriormente, cedido bajo el amparo de la retórica universal de la igualdad contractual. Ahora bien, lo que se procura con esta es determinar si ha mediado, en la modulación del acuerdo, algún vicio del consentimiento: concretamente, el error.
6. La aplicabilidad de las disposiciones generales de contratación ha servido de sustento legal a la admisibilidad práctica de los acuerdos preruptura a nivel estatal. No obstante, la experiencia catalana, en lo particular, podría fungir como paradigma universal de regulación para orientar al legislador estatal respecto a la tipificación expresa que dichos convenios cautelares ameritan, ya que, hasta el momento, esta ha sido la reglamentación legal más completa y novedosa sobre la materia.
7. La doctrina jurisprudencial, de su lado, ha ido allanando significativamente el tramo hacia donde debe transitar la validez de los pactos previsores, teniendo como modelos universales las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo en fechas 31 de marzo de 2011 y 24 de junio de 2015. En ambas resoluciones judiciales el referido Tribunal logró acuñar el diseño de validez de los contratos privados celebrados entre cónyuges para prevenir la ruptura matrimonial. Así, las indicadas sentencias lograron argüir, en gran medida, todos los lineamientos supraindicados como representaciones exactas de la licitud convencional y delimitar, a su vez, la eficacia de los pactos prospectivos, al tiempo que ofrecerles mayores márgenes de acción a la propia autonomía de la voluntad de los cónyuges para que puedan realizar acercamientos puntuales en mor de regular,

tanto la convivencia de la empresa familiar como la posible disolución de la institución matrimonial. Y, en definitiva, permitir la administración formal y objetiva de los efectos colaterales de la referida disolución.

**NOVENA:** Los acuerdos prematrimoniales pueden afectar tanto aspectos patrimoniales del matrimonio como elementos que sean vinculantes a las relaciones personales de los cónyuges, por lo que, en función de su contenido, los mismos podrían adoptarse en un documento de carácter público o privado. Al ser así, y por la naturaleza jurídica que exhiben, aquellos podrían indistintamente figurar a lo interno de las capitulaciones matrimoniales, en un convenio regulador; o instrumentarse en un documento completamente autónomo e independiente de estos últimos (para estos casos rige la libertad de forma de los contratos comunes [art. 1278 CC]). Empero, somos partidarios de que una forma de poder garantizar la debida conformación del consentimiento de las partes en un pacto previsor es que el mismo sea dado en escritura pública.

**DÉCIMA:** El marco regulatorio tomado como referencia para normativizar la instrumentalización de los acuerdos prospectivos, según el enfoque de la doctrina científica, es todo el andamiaje dispuesto para las capitulaciones matrimoniales. En ese tenor, se dispone que el tiempo promedio o la temporalidad que debe mediar para la configuración de los pactos preruptura es de un año, contado a partir de la firma de dichos contratos (art. 1334 CC); pero deben ser concebidos antes de la celebración solemne del matrimonio (arts. 1325 y ss. del CC). De esta manera, se sobreentiende que existe un intervalo de tiempo prudente para que las partes puedan brindar su consentimiento de una forma consensuada y apegada al correcto manejo de la información económico-financiera y patrimonial a las que se vincule el contenido de los pactos.

**ÚNDECIMA:** Los futuros contrayentes o esposos actuales son los únicos que pueden confeccionar ese tipo de acuerdos cautelares; salvo algunos casos excepcionales en que los interesados se ven obligados, por mandato de ley, a presentarse asistidos de un tutor o representante legal para la adecuada modulación de un acto jurídico como el que nos atañe. Tal es el caso, por ejemplo, de los hijos menores o incapacitados, los cuales deben contar oportunamente con las dispensas legales para la concreción final de esta operación jurídica.

**DUODÉCIMA:** La vinculación y la exigibilidad de las partes con respecto a lo externado en el acuerdo va a depender, en cierto modo, del tipo de materia colocada como orden dispositiva de aquel, al tiempo de ver si lo fraguado no afecta directamente el interés legítimo de un tercero (léase, la vulnerabilidad de los derechos de los hijos menores e incapacitados, o cuando lo contratado atentare en contra del desenvolvimiento saludable de uno de los cónyuges). Asimismo, el acuerdo logrado entre la pareja de esposos no puede ir en una dirección contraria a lo instaurado en la ley, la moral y el orden público.

**DECIMOTERCERA:** El asesoramiento individual de cada uno de los cónyuges, por parte del notario, contribuye a la formulación práctica del ejercicio de la libertad contractual, para que los interesados puedan enarbolar su consentimiento sin ningún tipo de estorbo circunstancial que pudiera afectar la validez y la eficacia jurídica del acuerdo previsor en cuestión. De igual forma, con dicha intervención se busca aprovisionar los medios garantistas de seguridad jurídica, los cuales van de la mano con la protección legal del cónyuge considerado débil en la negociación jurídico-familiar, al tiempo de salvaguardar los intereses de los menores e incapacitados en la referida transacción convencional.

También, la mediación del notario facilita a las partes la comprensión integral de las cuestiones pactadas en el acuerdo y les ofrece, además, el saber de buena tinta las

eventuales consecuencias o externalidades jurídicas en que estos puedan verse involucrados llegado el momento de la ejecutoriedad de lo estipulado.

**DECIMOCUARTA:** Independientemente de que el acuerdo previsor haya nacido sin ningún tipo de anomalía jurídica, esto es, que sea válido en un principio, es muy probable que este pueda devenir, posteriormente, en una ineficacia contractual. Y tal razón obedece, básicamente, al surgimiento de un cambio sustancial y relevante en las circunstancias que originaron el acuerdo con respecto a aquellas que se hicieron presentes al momento de la ejecución de lo pactado; es decir, que las condiciones se tornaran radicalmente opuestas a las concebidas inicialmente en la producción del contrato. En igual sentido, este puede resultar también ineficaz si lograra afectar los intereses fidedignos de un tercero imparcial en la negociación de los consortes. No obstante, somos partidarios de que puede ser declarada como ineficaz o nula la estipulación que haya reunido las condiciones de ser gravosas; mas no a la totalidad del convenio suscrito entre partes interesadas. En todo caso, es al juez a quien le corresponde decretar en firme tal situación, mediante la concreción material de la sentencia.

**DECIMOQUINTA:** Finalmente, en cuanto a la Mediación como resolución alternativa del conflicto suscitado entre las partes, entendemos que es el mecanismo por excelencia que permite dirimir las diferencias marcadas entre los principales exponentes de la institución familiar. El operario responsable de esta unidad de resolución debe ser el notario o letrado independiente apoderado para tal finalidad, debido a que el mismo es el ente canalizador de las informaciones suministradas por los consortes para modular satisfactoriamente el acuerdo previsor. Empero, cualquier consecuencia desfavorable que segregue el acuerdo alcanzado por la pareja de esposos, le corresponde, en todo caso, al nombrado funcionario posibilitar y reconducir nuevamente el proceso de resolución del conflicto acaecido. Esto así, porque este es quien mejor conoce las peculiaridades y los intereses que han sido orquestados por los consortes a lo interno del objeto contractual.

Con todo, la mediación es un proceso alternativo a la jurisdicción contenciosa que permite a las partes interesadas reducir los costos, tanto desde el punto de vista económico como en lo relacionado al desgaste emocional en que puedan incurrir los consortes durante la disolución de la institución matrimonial. De ahí la conveniencia del uso de esta figura jurídica y de su consignación expresa en el pacto que nos ocupa.

## **V.1 REFLEXIONES FINALES**

El Derecho, como instrumento de solución de los conflictos presentados en sociedad, debe permitir y fomentar más los esquemas de comunicación entre los consortes, para que estos puedan alcanzar el punto de equilibrio de las pretensiones dispensadas en la sede de un contrato previsor. Esto así porque, más que las resoluciones judiciales o las leyes rigurosas emanadas de un tercero que pretenda regular el fondo de los males que hagan presencia en el seno familiar, somos partidarios de que, en lugar de ello, corresponda a la pareja de esposos regir y solventar los efectos directos de las situaciones convivenciales de su propia relación marital y administrar, al mismo tiempo, el proceso de disolución de su vínculo matrimonial. Resaltamos tal cuestión en virtud de que los cónyuges son quienes mejor conocen las interioridades de su matrimonio y las condiciones que podrían ajustarse al cuadro de sus particulares intereses y necesidades.

No obstante, los niveles de desconocimiento, que a lo largo del presente trabajo hemos venido señalando, pueden influir en la perfección del contrato, pues las partes, llegado el momento de su cumplimiento, no manejan con exactitud la información sobre los efectos jurídicos que se desprenden del contrato. Por todo ello, consideramos que debe promoverse una adecuada política jurídica en relación al tratamiento que habría de auspiciar este tipo de acuerdo, que tenga como corolario principal la implementación, por ejemplo, de medidas cautelares que, desde el punto de vista procedimental, permitan proveer mayor seguridad jurídica a la aplicabilidad del convenio que nos ocupa. De esta

manera, podría mitigarse la intervención judicial del pacto preventivo, cuya intención es determinar la eficacia jurídica de su cumplimiento.

Finalmente, conviene subrayar que otra de las medidas que pudiese mejorar el funcionamiento de esta singular figura consiste, fundamentalmente, en la adopción de un marco legal que facilite su regulación expresa, y coloque, asimismo, los hitos perimetrales a aquellas materias sobre las que el acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura pueda versar.