

Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil*

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el ordenamiento jurídico español se reconoce, como efecto económico de la ruptura matrimonial, una pensión compensatoria que encuentra su fundamento en el desequilibrio generado por la separación o el divorcio (y, en el caso catalán, también por la nulidad, para el cónyuge de buena fe) (*cf.* art. 97 Código Civil y 84 Código de Familia de Cataluña). Esta pensión, en general, no se considera de naturaleza alimenticia ya que no se basa en el binomio necesidad/posibilidad, sino en el desequilibrio patrimonial producido a uno de los esposos o ex esposos por la separación o el divorcio¹.

Los tribunales españoles exigen su petición en el proceso², de suerte que la resolución judicial que la otorgue de oficio incurrirá en incongruencia³. Asimismo, vienen destacando desde antaño el carácter renunciabile de la pensión si bien para la validez de esta

* Este trabajo constituye una reelaboración en español de la Ponencia «Precautionary agreements on the economic consequences of matrimonial crisis: are they lawful under Spanish Law», presentada en la European Regional Conference de la International Society of Family Law (ISFL), celebrada en Tossa de Mar, Girona, los días 9-10 de octubre de 2003 rubricada «The role of Self-Determination in the Modernisation of Family Law in Europe».

¹ Sobre el concepto, naturaleza y caracteres de la mencionada pensión, M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Cívitas, Madrid, 1995, pp. 140 ss.

² Entre las últimas SAP de Madrid de 15 de enero de 2003, *JUR* 2003/83371.

³ Entre otras SAP Salamanca de 7 de febrero de 1995, *AC*, 1995/268 y SAP de Jaen, de 26 de abril de 2002, *AC* 2002/1497. No obstante, el ATC de 28 de enero de 1987 (*Jur. Const.*, t. XVII, pp. 764-767), no admitió a trámite el recurso de amparo interpuesto por quien lo solicitó, al habersele concedido a la esposa, sin pedirlo ella, la pensión compensatoria.

renuncia se ha venido exigiendo, con alcance muy generalizado, que sea posterior a la iniciación del procedimiento judicial de separación o divorcio. En efecto, a diferencia de lo que se constata en otros ordenamientos tanto del *common law*⁴, como de algunos países europeos⁵, los tribunales españoles, al igual que sucede en algunos ordenamientos de nuestro entorno⁶, acostumbran a negar la validez de los acuerdos en los que con carácter prenupcial o antes de la aparición de la crisis matrimonial se limitan, restringen o renuncian los eventuales derechos que puedan nacer del matrimo-

⁴ El ejemplo típico es EE.UU., de donde proceden muchas de las noticias publicadas en los medios de comunicación sobre pactos celebrados por personajes públicos que, antes de contraer matrimonio, anticipan las consecuencias económicas de un eventual divorcio, renunciando, a veces a cambio de otros beneficios, a reclamar las pensiones previstas en la ley. La reglamentación de este tipo de pactos («premarital agreement») está prevista en la *Uniform Premarital Agreement Act*, aprobada en 1983 y que da un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los futuros esposos (*vid.* los comentarios a la misma que pueden encontrarse, junto con su texto en <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ffuict99/1980s/upaa83.pdf>), la cual ha sido adoptada por veintisiete Estados (una relación de los mismos puede verse en <http://www.med-lawplus.com/legalforms/instruct/statelaw.tpl>). También aluden a este tipo de acuerdos el *Uniform Probate Code*, de 1993 y la *Uniform Marital Property Act* de 1983. Más recientes y de gran interés son asimismo los *Principles of the Law of Family Dissolution*, aprobados en mayo de 2000 por el *American Law Institute* (ALI), cuyo capítulo siete en su primer apartado se refiere, precisamente, a los «*Premarital and marital agreements*». Un estudio de los mencionados Principios puede consultarse en *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 8, spring-summer 2001, donde se contienen, entre otros trabajos el del propio ALI, «*Principles of the Law of Family Dissolution: analysis and recommendations*», pp. 1-84; específicamente sobre los «premarital agreements», B. H. BIX, «*Premarital agreements in the ALI Principles of Family dissolution*», *ibid.*, pp. 231-244. Un extenso elenco de referencias doctrinales a los «premarital agreements» en Derecho estadounidense puede verse en J. H. DIFONZO, «*Customized Marriage*», *Indiana Law Review*, 75, 2000, pp. 875-962, nota 352. En la Ponencia de la Conferencia de la ISFL citada en la nota inicial de este trabajo presentada por R. L. LEVY, «*Pre-Nuptial Contracts: the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*», el autor puso de relieve las mayores cautelas a favor del contratante débil de los Principios ALI en relación con la *Uniform Premarital Agreement Act*.

⁵ El caso paradigmático es Alemania: en el § 1585 c) del BGB se admite explícitamente la posibilidad de que los cónyuges puedan celebrar acuerdos sobre su deber de alimentos para el tiempo posterior a su divorcio, lo que conlleva también la posibilidad de la renuncia a la pensión *post* divorcio («*Versorgungsausgleich*»). En ningún momento se prohíbe que dicha renuncia sea previa al surgimiento de la crisis; es más, en el § 1408.2 del propio BGB se contempla la posibilidad de que en el contrato matrimonial donde regulan sus relaciones económicas («*Ehevertrag*») los cónyuges pacten acuerdos sobre la *Versorgungsausgleich*. Estos acuerdos contenidos en el *Ehevertrag* serán inválidos si en el plazo de un año desde la celebración del acuerdo se produce el divorcio de la pareja (puede consultarse sobre estos pactos, D. SCHWAB, *Familienrecht*, 8 Auf., C. H. BECK, München, 1995, pp. 193-194).

⁶ En el Derecho inglés, según el principio extraído del caso *Hyman v. Hyman* (1929) es materia de orden público que las partes no pueden prescindir de los tribunales para establecer las causas y consecuencias de su futuro divorcio (*vid.* *Rayden & Jackson's: Law and Practice in Divorce and Family Matters*, vol. I, Butterworths, London, 1997, p. 581). Por su parte, en Italia existe una concepción generalizada y apriorística que niega la validez de cualquier pacto que aspire a disciplinar las consecuencias económicas del divorcio, según E. BARGELLI, «*Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*», *Riv. dir. civ.*, 2003, Parte II, pp. 57-72, espec. p. 66; en especial sobre la indisponibilidad preventiva del *assegno di mantenimento*, entre otras, la sentencia de Cass. de 4 de junio de 1992, núm. 6857, *Gir. it.*, 1993, I, l.c. 338-354, con nota de E. DALMOTTO «*Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*».

nio o de su ruptura⁷. A nuestro juicio, esa línea jurisprudencial, de la que ya se apartan algunas decisiones hasta ahora tímidas y no muy abundantes de alguna Audiencia Provincial, no es conforme con un sistema que trata de dar valor prioritario a la voluntad de los esposos para resolver sus crisis y no se cohonestan bien con los intereses en juego.

Trataremos de analizar aquí el presente y el futuro de estos pactos «preventivos» en el sistema del Código Civil español cuando su contenido supone en concreto la renuncia anticipada a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 CC. Pondremos especial énfasis en las razones que a nuestro juicio avalan su licitud, en las decisiones jurisprudenciales que, muy tímidamente, parecen darles cabida y en los límites que, respecto a su formación, contenido y alcance, impone nuestro Derecho a la autonomía de la voluntad. Con carácter previo situaremos el problema en su marco conceptual de referencia, dando también algunas pinceladas al estado de la cuestión en otros ordenamientos.

2. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS PACTOS PREVENTIVOS

El objeto de nuestra actual preocupación es lo que podemos convencionalmente llamar «acuerdos preventivos de la crisis matrimonial». Se tratará habitualmente de acuerdos celebrados entre los futuros cónyuges antes de la celebración del matrimonio, donde se contemplan las consecuencias económicas de una posible disolución del vínculo matrimonial. También es posible que dichos pactos se produzcan después de celebrado el matrimonio, siempre y cuando no lo hagan una vez abierta la crisis matrimonial y precisamente para dar salida a ésta, en cuyo caso se pierde ese carácter preventivo en el que queremos insistir.

Ha de tratarse pues, en todo caso, de acuerdos *pro futuro* o de carácter prospectivo. Por un lado, se diferencian así de los pactos

⁷ Vide las sentencias de Audiencias citadas en *Alimentos entre cónyuges*, *op. cit.*, p. 152, nota 349. Con posterioridad a ellas, SAP Asturias de 12 de diciembre de 2000, *JUR* 2000/151, donde se plantea la validez o nulidad de una renuncia a la pensión compensatoria realizada recíprocamente por los dos cónyuges en unas capitulaciones matrimoniales celebradas años antes de la demanda de separación; la Audiencia estima que se trata de una renuncia a un futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación y la considera nula de pleno derecho sobre la base de que no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, por lo que procede a examinar si se dan o no los requisitos para otorgar a la esposa la pensión del artículo 97 del CC, que finalmente concede.

celebrados por los convivientes de hecho que, sin estar casados, tratan de autorregular sus derechos e intereses en el seno de la pareja e incluso de prever las posibles consecuencias de su ruptura. La validez de estos pactos entre convivientes es hoy reconocida de modo unánime por la jurisprudencia y ha sido sancionada en las numerosas leyes autonómicas relativas a las parejas de hecho⁸. Por otra parte, los pactos preventivos se diferencian de los acuerdos de separación o divorcio celebrados precisamente para dar cauce a la autonomía de la voluntad, una vez surgida la crisis y producida la ruptura, acuerdos destinados a normativizar sus consecuencias y cuya expresión paradigmática es el llamado «convenio regulador» mencionado en los artículos 90, 91 y 97 CC⁹; no obstante también puede tratarse de simples acuerdos privados que no se han presentado en el correspondiente proceso matrimonial de mutuo acuerdo y, por consiguiente, no han sido sometidos a la homologación o aprobación judicial¹⁰.

⁸ Ley 10/1998, de 15 de julio, de Cataluña, sobre Uniones Estables de Pareja; Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón, sobre Parejas Estables no Casadas; Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables; Ley 1/2001 de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, por la que se regulan las Uniones de Hecho; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares, de Parejas Estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre Uniones de Hecho; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Asturias, de Parejas Estables; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía, de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura, sobre Parejas de Hecho; Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, reguladora de las Parejas de Hecho.

⁹ Sobre la naturaleza y características del convenio regulador, la bibliografía es ingente. Entre lo más reciente cabe citar J. MONTERO AROCA, *El convenio regulador en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica del artículo 90 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; A. NIETO ALONSO, «El convenio regulador como elemento imprescindible de la separación y el divorcio consensuales. Las cuestiones más polémicas», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 17, 2002, pp. 17-51.

¹⁰ El tema de la eficacia jurídica de los acuerdos celebrados por los esposos, que no han sido presentados en el proceso matrimonial para su homologación judicial o no han sido ratificados por uno de los cónyuges en dicho proceso, controvertido en la doctrina y en los tribunales menores, parece definitivamente resuelto por el Tribunal Supremo tras las SSTs de 22 de abril de 1997 (*RJA*, 1997/3252) y 21 de diciembre de 1998 (*RJA* 1998/9649). En la primera de ellas, a juicio del Ponente, deben distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, que es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente, que queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico. En el proceso judicial ordinario se ventilaba la validez de uno de los acuerdos celebrados entre los esposos y que no fue presentado en el procedimiento de separación por el que se pactaba la distribución de los bienes de los cónyuges en régimen de separación de bienes (por cierto, otro de los acuerdos contenía la renuncia a la pensión compensatoria, pero éste no fue objeto de discusión). El mencionado acuerdo fue considerado por el Tribunal Supremo como «válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado... No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico». En la segunda de las sentencias citadas se hace una declaración

Estos pactos preventivos de la crisis, perfectamente conocidos en otros sistemas jurídicos, han sido consagrados legislativamente por vez primera en el ordenamiento jurídico español en el artículo 15 del Código de Familia de Cataluña, que en su párrafo primero señala que:

«en los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial»¹¹.

Desde un punto de vista funcional, este tipo de acuerdos presentan, cuando menos, dos aspectos positivos. De un lado, permiten a las partes iniciar el matrimonio y la vida familiar pensando de forma

general interesante para el objeto central de nuestro estudio, al señalar que «la Ley de 7 de julio de 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, *cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges*» (la cursiva es nuestra); si bien es cierto que en el caso concreto se trataba de acuerdos celebrados para completar lo pactado en un convenio regulador y no de lo que nosotros hemos denominado «acuerdos preventivos»; al respecto de los acordados la sentencia afirma «los convenios así establecidos tienen una carácter contractualista, por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261», añadiendo a continuación «ello no impide que, al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio» «... tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez».

¹¹ J. EGEA FERNÁNDEZ, en trabajo inédito de próxima publicación en el Libro Homenaje al Pr. Dr. D. Luis Díez-Picazo, titulado *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, al que he tenido acceso merced a la amabilidad del autor, pone de relieve que en el mentado precepto catalán no se disciplina una específica regulación de tales pactos, lo que significa que continúan abiertos prácticamente a los mismos interrogantes existentes antes de su aparición. J. EGEA señala también que para el Derecho catalán, la admisibilidad de los pactos en previsión de ruptura matrimonial y, dentro de ellos, los de renuncia a los derechos derivados de ésta, se ha visto reforzada con la aprobación del Código Civil de Cataluña, cuyo artículo 111.6 establece el principio de libertad civil; esto es, fija la presunción de que sus normas son, en principio, de naturaleza dispositiva y, por consiguiente «[...] pueden ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contra, salvo que expresamente establezcan su imperatividad o que ésta se deduzca necesariamente de su contenido. La exclusión, la renuncia o el pacto no son oponibles a terceros si pueden resultar perjudicados». Debe recordarse que la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, por la que se aprueba la Primera Ley del Código Civil de Cataluña en la que se incluye el precepto transcrito, ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad (núm. 2099-2003), promovido por el presidente del Gobierno, y que afecta a la integridad de su articulado. Por su parte, J. J. LÓPEZ BURNIOL, en relación con el citado artículo 15 del Código de Familia de Cataluña, señala que si en el eventual proceso de divorcio o separación las partes no ratifican de común acuerdo las estipulaciones hechas en el pacto prematrimonial, éste no tendrá el valor de convenio regulador, lo que es evidente; pero añade el autor citado que esto no les priva de todo valor, puesto que el juez en un posterior proceso contencioso ha de tenerlos muy en cuenta en virtud del respeto a los actos propios y a la fuerza vinculante de los contratos otorgados de buena fe (*Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, J. EGEA I FERNÁNDEZ/J. FERRER I RIBA, dir., Tecnos, Madrid, 2000, p. 160).

realista en la relación, anticipando sus contingencias y planeándolas, lo que les ayuda a tomar mejores decisiones, incluida la de casarse o no. De otro, abren a las partes la posibilidad de regular su relación matrimonial y posmatrimonial de acuerdo con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores, de suerte que les permite ponderar todos ellos para adaptarlos a su particular situación de manera mucho más singularizada de lo que pueda hacerlo la ley, constreñida en este punto por su carácter de generalidad. Esta última razón hace especialmente indicados este tipo de acuerdos en las que se ha dado en llamar «familias reconstituidas», donde la existencia de hijos que no son comunes y de patrimonios conyugales previos de cierta entidad constituyen notables factores de singularización que, hasta el presente, han sido escasamente tenido en cuenta por el legislador.

Desde el punto de vista contrario, los detractores de estos acuerdos ponen el acento en la probable desigualdad económica, e incluso psicológica, de la que pueden partir las partes a la hora de celebrar un contrato prematrimonial. El caso típico sería el de un hombre de fortuna que desea contraer matrimonio con una mujer de escasos recursos económicos y quiere asegurarse de que ésta no se casa con él por dinero, para lo cual le «impone» la firma de acuerdos en los que, además de pactar el régimen de separación de bienes¹², la futura esposa renuncia a todos cuantos derechos económicos pudieran corresponderle a la disolución, por muerte o por divorcio, del matrimonio. Precisamente para tratar de paliar estos «vicios» en el proceso que conduce a otorgar el consentimiento matrimonial¹³, los ordenamientos donde se admiten los acuerdos prematrimoniales relativos a derechos económicos ponen algunos condicionamientos a su validez, cuidando muy especialmente el período precontractual¹⁴.

3. LOS ACUERDOS PREVENTIVOS DE RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Cabe señalar, en el marco conceptual que se acaba de referir, que un contenido clásico de los citados «acuerdos preventivos»

¹² En aquellos sistemas, como el del Código civil español, en los que este régimen no es el régimen legal supletorio de primer grado.

¹³ Que incluso en nuestro Derecho podrían llegar a viciar este consentimiento.

¹⁴ Tal es el caso de los *ALI Principies*, cuya Section 7.04, entre los requisitos de formación del acuerdo, exige que el mismo se celebre al menos treinta días antes de la boda (B. H. Bix, *loc. cit.*, p. 236). Por su parte, conforme al § 1408.2 del BGB, los acuerdos de renuncia a la *Versorgungsausgleich* son inválidos si en el plazo de un año después de celebrados se produce el divorcio.

de la crisis matrimonial es el relativo a los derechos patrimoniales que, al margen de los derivados de la liquidación del correspondiente régimen económico matrimonial, pudieran corresponder *ex lege* a los cónyuges o ex cónyuges, lo que, en el ámbito del Código civil, nos conduce de modo principal a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97¹⁵.

Se trataría entonces de analizar la virtualidad de los pactos suscritos por los cónyuges o por los futuros cónyuges en los que, en previsión de un eventual supuesto de separación o divorcio, acuerdan renunciar a la pensión que pudiera surgir en su día en atención al desequilibrio económico derivado de la ruptura matrimonial. Esta renuncia puede ser tanto gratuita, esto es, a cambio de nada, como onerosa, es decir, a cambio de otros bienes o derechos de índole patrimonial que nada tienen que ver con el supuesto desequilibrio; por ejemplo, a cambio de una determinada cantidad por cada año de matrimonio, o a cambio de la atribución de determinado bien del otro cónyuge.

Aunque, como ya hemos dicho, ni están previstos en el Código civil, ni existe en Derecho español una tradición de celebración de este tipo de acuerdos preventivos de las crisis matrimoniales, o al menos no existe tradición de que los mismos lleguen a conocimiento de los tribunales, su posibilidad teórica en el marco de referencia del Código civil es, en principio, incontrovertible. Nada se opone a nuestro entender a que un acuerdo de esta naturaleza se contenga en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes o durante el matrimonio¹⁶. Así se reconoce en el artículo 1325 del Código civil cuando dice que:

«En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.»

¹⁵ En la Sección 3 de la *Uniform Premarital Agreement Act*, relativa al contenido de este tipo de pactos, se recoge explícitamente, como uno de los posibles «the modification or elimination of spousal support», aunque no en todos los Estados se admite que los *premarital agreements* se refieran a este asunto; el caso paradigmático es el de California, que ha adoptado la mencionada ley uniforme, pero omitiendo la referencia a que los acuerdos prematrimoniales puedan afectar a las pensiones posdivorcio; en este Estado en el caso *Pendleton v. Fineman*, S.Ct. Cali, de 21 de agosto de 2000, la Corte Suprema de California mantiene que la validez de la renuncia a la pensión en los acuerdos prenupciales ha sido dejada por el legislador al arbitrio de los tribunales y que tales acuerdos no son necesariamente nulos por contrariar el orden público; en la práctica, la mayor parte de las renunciaciones son válidas en California, si bien existe un fuerte control de los tribunales para asegurar que una de las partes no se aproveche de la otra (puede consultarse, sobre el tema, <http://www.medlawplus.com/legalforms/instruct/purpose-prenup.tpl>).

¹⁶ La posibilidad de que las capitulaciones matrimoniales contengan previsiones para el caso de separación o divorcio es admitida por J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. IV. Familia*; nueva edición revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykin-

Esta última mención, sin lugar a dudas, permite acuerdos relativos a la futura y eventual pensión compensatoria. Ahora bien, el acuerdo al que hacemos referencia formaría parte, siguiendo a Lacruz, del *instrumentum* nupcial, pero no del *negotium*, al no tratarse de un convenio directamente relativo al régimen económico matrimonial¹⁷. De lo que se puede deducir, a su vez, que un pacto relativo a la pensión compensatoria en previsión de una eventual ruptura del matrimonio no tiene necesariamente que constar en capítulos matrimoniales, ni siquiera en escritura pública, rigiéndose en el tema de la forma, como en otras cuestiones que después abordaremos, por las reglas generales de los negocios jurídicos que, en este punto, nos conducen a la libertad de forma¹⁸. No obstante, tanto la mayor relevancia probatoria, como la posibilidad, en su caso, de acceso directo al Registro de la Propiedad, aconsejarían su celebración en escritura pública.

Entramos ya en el contenido de los acuerdos preventivos centrándonos en las cláusulas relativas a la renuncia gratuita u onerosa a una hipotética pensión compensatoria del desequilibrio económico generado por la separación o divorcio. El juicio acerca de su validez ha de partir de los caracteres de la mencionada pensión. Entre ellos, y con alguna discrepancia doctrinal cada vez más minoritaria¹⁹, queremos destacar su naturaleza dispositiva, y por ello renunciabile, tal y como reconocen los autores²⁰ y los tribuna-

son, Madrid, 2002, p. 145, si bien se está refiriendo en concreto a lo que llama estipulaciones capitulares o determinaciones hipotéticas concernientes al régimen económico matrimonial. En el caso del ordenamiento jurídico navarro, la Ley 80 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra incluye expresamente como contenido posible de las capitulaciones matrimoniales «las renunciaciones de derechos».

¹⁷ J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 148.

¹⁸ En el Derecho catalán, J. EGEA FERNÁNDEZ, en el trabajo ya citado estima que, al regularlos en sede de capitulaciones matrimoniales, se está previendo, implícitamente, que deben constar en documento público.

¹⁹ Representativa de la cual es G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo, dir.), t. II, artículos 42-107, Edersa, Madrid, 1982, quien al analizar el artículo 97 del Código civil, en concreto en el punto referido a «los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges», considera el carácter necesario de la pensión y, por tanto, su no renunciabilidad previa, pues se estaría en presencia de un acuerdo gravemente perjudicial para uno de los cónyuges que impediría su homologación conforme al artículo 90. Esta circunstancia primera, añade, sólo puede entenderse referida... a la cuantía, forma de pago, garantías de efectividad, índice de actualización, etc., pero no en cuanto a la existencia del derecho en sí mismo, que establece con carácter de *ius cogens* el artículo 97, párrafo I». Como se verá a continuación, tal criterio, alineado con una concepción paternalista del Derecho que no se corresponde con los valores de igualdad predicados por la Constitución en relación al matrimonio, ya ha sido totalmente superada por la jurisprudencia.

²⁰ Ya expresábamos el carácter renunciabile en M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges...* *op. cit.*, p. 151 y nota 347, donde contrastábamos además dicho carácter con la irrenunciabilidad del derecho de alimentos en los términos del artículo 151 del Código Civil. En la más reciente literatura destaca la renunciabilidad de la pensión del artículo 97,

les²¹. Es cierto que en ambos casos se está pensando básicamente en renunciaciones *ex post*, es decir una vez que ha surgido la crisis matrimonial²². Más concretamente, se plantean renunciaciones a la pensión contenidas en el convenio regulador de la separación o el divorcio²³, cuya homologación judicial ha de ser, según nuestro parecer, automática, pues, tratándose de un asunto que atiene únicamente a los derechos económicos de los cónyuges, no puede el juez rechazar lo que éstos han acordado²⁴. Pues bien, a nuestro juicio

J. MONTERO AROCA, *El convenio regulador... op. cit.*, pp. 194 ss.; L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La pensión compensatoria en la separación conyugal y el divorcio*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 134 ss.

²¹ Tesis que se sigue, con práctica unanimidad, desde que la STS de 2 de diciembre de 1987 (*RJA*, 1987/9174) afirmase en relación con el artículo 97 del Código Civil, «... es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer». Es interesante a los efectos que nos ocupan la SAP de Pontevedra de 5 de febrero de 2002, AC 2002/595, en un supuesto en el que la esposa había realizado una renuncia expresa a la pensión compensatoria en el convenio regulador; posteriormente imputa a la abogada una negligencia profesional, reclamando una indemnización por erróneo asesoramiento jurídico. La Audiencia estima que tal negligencia no se produjo, ya que la abogada se limitó a constatar que no se daban las condiciones para solicitar la pensión y así se plasmó expresamente en el convenio firmado por ambos cónyuges.

²² A la renuncia a la pensión se equipara la admisión en el convenio regulador de que no existe desequilibrio económico (J. MONTERO AROCA, *El convenio regulador... op. cit.*, p. 195).

²³ La opinión generalizada es que la renuncia a la pensión en el proceso de separación proyecta su eficacia en el posterior de divorcio, de suerte que no es lícito pedirla en éste si se renunció en aquél (L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *op. cit.*, p. 138, con cita de numerosas sentencias de Audiencias); entre las últimas, en el mismo sentido, SAP de Tarragona de 9 de diciembre de 2002, *JUR*, 2003/66900. De esta línea se aparta, con criterio equivocado, la SAP de Navarra de 22 de enero de 2001, AC 2001/698, donde se analiza la validez de una renuncia a la pensión compensatoria en el convenio regulador de la separación, siendo así que luego se reclama en el de divorcio; aunque finalmente el Tribunal no la concede fundándose en la falta de variación de las circunstancias tenidas en cuenta por los cónyuges en el momento de celebrar el convenio, los hace sobre la base de que «el divorcio, en sí mismo, puede ser considerado como hecho jurídico autónomo, generador, por su declaración, del reconocimiento de una pensión por desequilibrio y, en este sentido, resultaría ineficaz la estipulación 5.ª, en la que se establece una renuncia a derechos futuros, como tal jurídicamente inoponible». Más adelante volveremos sobre lo erróneo de esta afirmación tan general e indiscriminada.

²⁴ A pesar de que el tenor literal del artículo 90 del Código Civil extiende el control judicial a la integridad del convenio, permitiendo la no aprobación de los acuerdos cuando sean «dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges», estimamos que existen argumentos tanto procesales como sustantivos para sostener que las relaciones económicas entre los cónyuges son plenamente dispositivas y que los únicos acuerdos que podrían ser rechazados por ilegales serían los que contrariasen los límites generales de la autonomía de la voluntad. En este sentido, estamos plenamente conformes con la SAP de Madrid de 6 de marzo de 1998, AC 1998/5174, cuando señala «Es difícilmente concebible, en el vigente estado de nuestro ordenamiento jurídico, la fiscalización por los órganos jurisdiccionales de las cláusulas que tengan una repercusión directa y exclusiva sobre los propios cónyuges. En efecto, y a salvo de aquellas hipótesis en que las mismas fueran contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, parece dicha previsión legal una obsoleta reminiscencia de épocas no lejanas, se establecían claras discriminaciones legales por razón de sexo y matrimonio, en perjuicio de la esposa, y en la que, en el fondo, se atisba un intento protector a través del precepto estudiado, precisamente por su hipotética menor capacidad jurídica. Sin embargo, tales discriminaciones han quedado ya claramente superadas por el desarrollo legislativo ordinario del artículo 14 de la Constitución...».

el mencionado carácter disponible es igualmente predicable *ex ante*, es decir, en el momento en que, en capitulaciones matrimoniales o en cualquier otro negocio, los cónyuges o futuros cónyuges, en previsión de un eventual divorcio, pactan la renuncia anticipada a la pensión compensatoria.

En nuestra opinión, no es razón para negar la posibilidad que se acaba de exponer que la renuncia lo sea a un derecho que todavía no ha nacido²⁵. Tal argumentación parte de una petición de principio contradictoria con la regla dimanante del artículo 1271.1 del Código Civil, que claramente admite como objeto de los contratos las cosas o derechos futuros. Tampoco se cohonestan con el artículo 6.2 del mismo cuerpo legal del que se deriva el principio general de renunciabilidad de los derechos, cuya expresa excepción no depende de la condición futura del derecho renunciado, sino de que tal renuncia contraría el interés o el orden público o perjudique a tercero²⁶. Volveremos seguidamente sobre los límites a la posibilidad de renuncia, no sin antes aludir a la doctrina y jurisprudencia que apoyan nuestro mismo criterio.

En la doctrina hace ya varios años que destacamos la opinión favorable a la renuncia anticipada de M. de la Cámara, para quien sólo si la renuncia conlleva que uno de los cónyuges no pueda, dentro de los límites que marca un decoro mínimo, atender a su subsistencia, debe estimarse que el acuerdo es gravemente perjudicial y el juez debe negarse a homologarlo, tanto si la renuncia se ha plasmado en el convenio regulador, como si, cautelarmente, los cónyuges pactaron la renuncia en capitulaciones matrimoniales²⁷, opinión con la que, ya entonces, sintonizaba la nuestra²⁸. Por la posibilidad de renuncia previa a la pensión compensatoria, tanto onerosa como gratuita, se manifestó también en su momento E. Roca, aunque, según esta autora, si el juez la consideraba gravemente perjudicial para el renunciante podría rescindirla en todo o en parte²⁹. Asimismo, por la validez de una renuncia preventiva a la

²⁵ Como hace alguna sentencia; entre otras, la ya citada SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000.

²⁶ En similar sentido se pronuncia J. EGEA FERNÁNDEZ en el trabajo ya citado, insistiendo en que es inexacto que nuestro Derecho sólo permita la renuncia si el derecho ya ha nacido, y cita a modo de ejemplo el artículo 1102 del Código Civil, en sede de incumplimiento contractual, el cual, si bien considera nula la renuncia a hacer efectiva la responsabilidad procedente del dolo, implícitamente la admite en relación con la negligencia.

²⁷ M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1986, pp. 60 ss., espec. pp. 64-65.

²⁸ M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges...*, op. cit., p. 153.

²⁹ E. ROCA TRÍAS, «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad», *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimo-*

pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales, si bien con el límite de la igualdad de derechos, se pronuncia T. Marín García de Leonardo³⁰. En época más reciente se ha preguntado por la validez de los «pactos prematrimoniales», celebrados antes de iniciar la vida conyugal o mucho antes de la ruptura L. Zarraluqui; para este autor, la realidad es que la libertad de los cónyuges de capitular y de establecer entre sí toda clase de contratos y negocios jurídicos deriva en la plena disponibilidad de sus derechos económicos y, por lo tanto, en la validez y eficacia de los acuerdos que sólo a ellos afecten³¹.

Mucho menos claras son hasta ahora las manifestaciones favorables a la renuncia anticipada a la pensión por parte de nuestros Tribunales. Sin embargo, no todos los pronunciamientos se muestran radicalmente contrarios a su admisibilidad, de suerte que podemos encontrar bastantes sentencias de Audiencias Provinciales donde, de una u otra manera, se abre paso la recepción de acuerdos del tipo descrito.

Así sucede, por ejemplo, en la SAP de Granada de 14 de mayo de 2001³², en un supuesto en el que los cónyuges, antes de contraer matrimonio, pactaron en capitulaciones el régimen de separación de bienes, incluyendo además un acuerdo conforme al cual

«la separación o disolución del futuro matrimonio en ningún caso llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges.»

El Magistrado Ponente dice expresamente en el texto de la sentencia que la citada cláusula

«es claramente atípica atendiendo a lo que entiende por capitulaciones matrimoniales el artículo 1325 del Código Civil. Pero es válida, puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible... y, por tanto, es perfectamente renunciable.»

No obstante reconocer que el citado pacto adquirió plena eficacia con la celebración del matrimonio, vinculando desde entonces a ambos cónyuges, la sentencia estima que las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del acuerdo son muy distintas a las exis-

nio. *Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ed. U. Navarra, Pamplona, 1984, pp. 175-263, espec. pp. 256-257.

³⁰ *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 70 ss.

³¹ L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *op. cit.*, p. 196.

³² AC 2001/1599. La misma sentencia aparece fechada el 19 de mayo de 2001, con el marginal AC 2001/1500.

tentes en el momento de la ruptura, ya que la esposa abandonó su trabajo para seguir en sus desplazamientos por razones laborales a su marido, circunstancia que según la sentencia

«ya es suficiente por sí sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria.»

El Magistrado toma además en consideración la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso atendiendo durante un tiempo al hijo de éste, el hecho de que la demandante de la pensión carece de recursos y vivienda propios, no tiene trabajo ni proyección inmediata para incorporarse al mercado laboral, aun cuando posee varios títulos que la capacitan profesionalmente, y su estado psíquico no es satisfactorio. En atención a todo ello, considera correcta la fijación de la pensión compensatoria *ex* artículo 97 acordada por el Juzgador de Instancia. Sin perjuicio de que volvamos más adelante sobre la relevancia que en este tipo de acuerdos ha de tener un cambio importante de las circunstancias desde el momento de su celebración hasta que pretende hacerse valer, entendemos que las razones aducidas por la sentencia para otorgar el beneficio económico a la esposa, a pesar de la reconocida validez de su renuncia anticipada, hacen dudar sobre si lo verdaderamente otorgado por el Tribunal fue la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código civil, o más bien una compensación por extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes prevista en el artículo 1438 del Código Civil y destinada a paliar la injusticia generada entre ambos cónyuges cuando uno de ellos se ha dedicado al cuidado de la casa o de la empresa o industria del otro, en beneficio exclusivo de este último³³. De tratarse de la citada compensación, se podría plantear la posibilidad de que la sentencia referida haya incurrido en incongruencia, ya que, de conformidad con el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

«el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.»

³³ Sobre las diferencias entre la pensión por desequilibrio y la compensación a la extinción del régimen de separación, M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, pp. 167 ss. Acerca de la compatibilidad entre ambos derechos económicos se pronuncia ya expresamente, para el Derecho catalán, la STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 1998; en el mismo sentido, SAP de Barcelona de 20 de mayo de 2002, AC 2002/408.

Precisamente por la plena validez y eficacia de la renuncia preventiva a la compensación recogida en el artículo 1438 del Código Civil, en su momento controvertida por la doctrina³⁴, se pronuncia expresamente la SAP de Murcia de 29 de octubre de 2002³⁵. Se trataba de un supuesto en el que la esposa, casada en régimen de separación de bienes, solicitó a raíz de su separación conyugal la pensión por desequilibrio y la compensación prevista en el artículo 1438. Después de rechazar la procedencia de la pensión compensatoria por no concurrir sus presupuestos, el Tribunal rechaza también la medida prevista en el último artículo citado, al estimar plenamente vinculante el pacto celebrado por ambos cónyuges días antes de la celebración del matrimonio, en el que, además de pactar el régimen de separación de bienes, se especificaba lo siguiente:

«de un lado que cada una de las partes atenderán por separado las necesidades de sus respectivas familias por cuanto uno y otro son divorciados y han generado en sus precedentes nupcias un concreto núcleo familiar.»

Por otra parte, y para atender a sus propias necesidades domésticas, el marido se había comprometido a contratar a su cargo personal doméstico suficiente con el fin de evitar que su esposa tuviese que dedicarse a la atención de la casa. A juicio del Tribunal, tales acuerdos significan que

«ya con anterioridad al matrimonio ambos cónyuges excluyen de acuerdo con el contenido del pacto... la posibilidad de aplicación del controvertido artículo 1438 del Código Civil» [tratándose de], «una clara y explícita renuncia a la medida compensatoria prevista»

a la que se reconoce plena eficacia, sin que resulten relevantes los tres años de matrimonio transcurridos.

En la SAP de Madrid de 27 de noviembre de 2002³⁶ se considera totalmente lícita la renuncia a la pensión compensatoria hecha por la esposa en capitulaciones matrimoniales otorgadas casi tres años antes de pronunciarse la separación matrimonial, renuncia que a juicio de la Audiencia «por sí determina la desestimación del

³⁴ Vide M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuge...*, op. cit., p. 172 y literatura allí citada. En relación con la compensación a la extinción del régimen de separación prevista en el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, J. EGEA FERNÁNDEZ pone de relieve las discrepancias doctrinales en relación con la su renunciabilidad previa, manifestando su opinión contraria al respecto tanto en relación a la institución catalana, como a la regulada en el artículo 1438 del Código Civil.

³⁵ JUR 2003/71008.

³⁶ JUR 2003/92086.

recurso» interpuesto por la renunciante reclamando la pensión, si bien el Tribunal, «a mayor abundamiento», entre a considerar si se dan las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código Civil, lo que asimismo rechaza.

Una renuncia onerosa y anticipada al eventual derecho a una pensión compensatoria que pudiera surgir entre los interesados en caso de separación o divorcio se admite también en la RDGRN de 10 de noviembre de 1995³⁷. Se discutía el acceso al Registro de la Propiedad de una escritura pública de cesión de bienes que se había otorgado en ejecución de un pacto de separación amistosa. En la mencionada escritura se acordaba capitalizar una pensión pactada a favor de la esposa, que los propios cónyuges calificaban como compensatoria. En pago y finiquito de dicha pensión el marido cedía a la mujer una serie de bienes, entre los que se encontraba una determinada finca. Presentada la escritura para su inscripción en el Registro, el Registrador negó el acceso porque el pacto no había sido homologado judicialmente. Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, el Presidente del TSJ de Cataluña confirmó la nota del Registrador, opinión que en cambio no sostuvo la Dirección General. Esta última considera plenamente válido y eficaz el acuerdo, dando un rimero de argumentos por los que estima que la pensión compensatoria cae de lleno en el ámbito de la autonomía de la voluntad y es plenamente renunciante, incluso anticipadamente³⁸.

Como se ve, existen razones, opiniones y decisiones sobradas para considerar que en nuestro Derecho los acuerdos preventivos

³⁷ Vide nuestro comentario en *CCJC*, núm. 41, pp. 565-572.

³⁸ Alude, entre otras razones, a las siguientes: 1) el amplio margen que tiene la contratación entre cónyuges según el artículo 1323 del Código Civil; 2) que se trata de un acuerdo de significación exclusivamente patrimonial y concertado entre personas capaces de gobernarse por sí mismas, de conformidad con el artículo 322 del Código Civil; 3) que la regla general en nuestro Derecho es la renunciabilidad de todo derecho salvo que con ello se contraría el interés y el orden público o se perjudique a tercero, como señala el artículo 6 del Código Civil; 4) que los cónyuges pueden decidir sobre las consecuencias exclusivamente patrimoniales de una declaración judicial que sólo a ellos afecta, 5) que si no puede obligarse a un cónyuge a recibir la pensión compensatoria judicialmente acordada contra su voluntad, no se ve razón para excluir esta materia de la autonomía de la voluntad; 6) que la frase «gravemente perjudicial para uno de los cónyuges» del párrafo 2 del artículo 90 del Código Civil mantiene pleno sentido, aun cuando la aprobación judicial se contraiga a los acuerdos relativos a los hijos, pues no cabe asegurar los intereses de los hijos con grave detrimento de uno de los cónyuges. Todas estas razones han sido reiteradas en la Resolución de la DGRN de 5 de febrero 2003 (*RJ* 2003/2268) en un supuesto en el que se discutía si unos cónyuges, sin hijos, podían rectificar mediante escritura pública el convenio regulador de su separación aprobado judicialmente en aspectos de índole exclusivamente patrimonial. El Registrador denegó la inscripción de la escritura pública de modificación que no había sido aprobada judicialmente, tesis que sin embargo no apoyó la Dirección General con las argumentaciones antedichas (*vide* el comentario a esta última resolución de M. TORRERO MUÑOZ, *CCJC*, núm. 62, agosto-septiembre 2003).

de las crisis matrimoniales en los que se incluye una renuncia onerosa o gratuita a la eventual pensión compensatoria que pueda surgir en caso de separación o divorcio entran de lleno en el campo de actuación de la autonomía de la voluntad y, por ello, son plenamente lícitos. Ahora bien, precisamente por ello, su contenido se ve constreñido por ciertos límites que, en principio, son los genéricos límites impuestos a la autonomía de la voluntad; esto es, que su ejercicio no sea contrario «a las leyes, a la moral, ni al orden público» en los términos del artículo 1255 del Código Civil³⁹. A mayor abundamiento, y como simple especificación del precepto anterior, en sede de capitulaciones matrimoniales y en relación a su contenido, el artículo 1328 del Código establece que:

«Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.»

Pero es que, además, los acuerdos preventivos que venimos tratando son verdaderos contratos que, como tales, quedan sometidos a las reglas de formación propias de éstos y, muy especialmente, a aquellas que garantizan la integridad del consentimiento. Por consiguiente, si una de las partes consigue probar que el acuerdo preventivo de renuncia a la pensión fue celebrado concurriendo error⁴⁰, dolo, violencia o con falta de capacidad, el que ha sufrido el vicio o el defecto de capacidad (o en su caso su representante legal), podrá instar la anulación del convenio en los términos y con los plazos que se establecen en los artículos 1300 y siguientes del Código civil⁴¹. Es cierto que al no existir en nuestro Derecho normas especiales dirigidas a reforzar la integridad del consentimiento en este tipo de acuerdos⁴², los tribunales han de ser especialmente cuida-

³⁹ J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁰ Parece que la citada anulación del pacto de renuncia a la pensión era una de las pretensiones de la esposa, cuando aludió a las dificultades idiomáticas, en el caso resuelto por la ya citada SAP de Madrid de 27 de noviembre de 2002.

⁴¹ Es obvio que en Derecho español no existe inversión de la carga de la prueba para este tipo de acuerdos, inversión que sí está contemplada en la Sección 7.04 de los *ALI Principios*, donde se establece que es quien reclama el cumplimiento del pacto prematrimonial quien tiene que probar la ausencia de vicios o la integridad del consentimiento (B. H. Bix, *loc. cit.*, pp. 236-237).

⁴² A diferencia de lo que han hecho, por ejemplo, los *ALI Principios*, que establecen una presunción *iuris tantum* de integridad del consentimiento cuando concurren ciertos criterios: 1) que el acuerdo se celebre al menos treinta días antes de la boda; 2) que cada parte sea informada de la posibilidad de obtener asesoramiento independiente y tenga una razonable oportunidad de hacerlo 3) que en aquellos casos en los que una de las partes no haya obtenido este asesoramiento independiente, el acuerdo incluya en un lenguaje claro los derechos a los que se renuncia y el hecho de que el interés de las partes puede estar comprometido. Todos estos criterios no son una exigencia absoluta de integridad del consentimiento, sino que sirven de indicio a los tribunales para juzgar si ha habido o no vicios en la formación del acuerdo (B. H. Bix, *loc. cit.*, p. 236).

dosos en el escrutinio del proceso formativo del pacto, a fin de tratar de asegurar que una de las partes no se ha prevalido de la situación de inferioridad negociadora de la otra⁴³. Debe resaltarse que en la sociedad de nuestros días ese abuso de posición negociadora todavía puede ocurrir con cierta frecuencia concurriendo, además, un claro sesgo de género, pues no es desconocido que estadísticamente los hombres suelen tener una posición económica más holgada, lo que se traducirá asimismo en una posición negociadora más fuerte; las mujeres serán, usualmente, la parte más débil en el proceso negociador⁴⁴.

4. LÍMITES DE CONTENIDO

En relación con los límites impuestos al contenido de los acuerdos preventivos de la crisis matrimonial, comenzaremos por la última referencia a las estipulaciones limitativas de la igualdad de derechos contenida en el antes transcrito artículo 1328 del Código Civil, referencia que ha causado no pocos quebraderos de cabeza a la doctrina⁴⁵. Se estima en general que el citado precepto impide cualquier forma de sumisión personal o de limitación de la capacidad de los cónyuges⁴⁶, pero existen mayores dudas en relación con las estipulaciones que afecten a derechos de índole exclusivamente patrimonial, aunque supongan el privilegio de un cónyuge en detrimento del otro. Según nuestro parecer, el respeto al principio de igualdad no impide la autolimitación de los derechos de los cónyuges en el ámbito estrictamente patrimonial, siempre que se respete un criterio de reciprocidad que, en aplicación al caso concreto que nos ocupa, impediría por ejemplo admitir la validez de un acuerdo preventivo en el que sólo uno de los cónyuges renunciase a una eventual pensión compensatoria, la cual, sin embargo, podría ser reclamada por el otro.

⁴³ En Alemania se consideran contrarios al orden público los acuerdos relativos a los derechos alimenticios cuando en su proceso de celebración una de la partes se prevale, en su propio beneficio, de la situación de inferioridad psíquica de la otra (D. SCHWAB, *op.cit.* p. 182).

⁴⁴ En un sentido similar al del texto, indicando la posibilidad de que los tribunales puedan acudir a la doctrina del abuso del derecho en esta fase negociadora de los acuerdos se pronuncia J. EGEA FERNÁNDEZ en el artículo reiteradamente citado.

⁴⁵ Para L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, esta excepción a la norma de libertad de pactar entre los esposos ha sido objeto de múltiples ejercicios circenses para intentar explicar su contenido sin colisionar con el resto del ordenamiento jurídico («La disyuntiva entre el principio dispositivo y el inquisitivo como rector de los procesos matrimoniales», *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 39-67, espec. p. 65).

⁴⁶ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 151.

En realidad, el respeto al principio de igualdad no es más que una manifestación del límite general que impone el respeto a las leyes y al orden público en los términos del artículo 1255. Ambos límites se transgreden en los convenios que violen derechos constitucionales de los esposos, por lo que tales acuerdos serían nulos de pleno derecho. No obstante, creemos que la mayor parte de los acuerdos preventivos que puedan incurrir en violación de los derechos fundamentales no atienen a cuestiones de índole patrimonial, sino más bien a efectos personales. Tal puede ser el caso de un acuerdo prenupcial que imponga a los cónyuges un determinado lugar de residencia después del divorcio, o que limite la libertad sexual o afectiva de los cónyuges si se produce el divorcio, o que incluso establezca contractualmente causas de divorcio distintas de las previstas en la ley⁴⁷, todo lo que en ningún caso puede ser un contenido lícito de este tipo de pactos.

No pensamos, por el contrario, que los acuerdos en los que se pactan ciertas «sanciones» de índole económica si se produce el divorcio, a modo de cláusula penal, deban ser declarados sin más nulos por contrariar el orden público constitucional. Discrepamos pues del criterio sustentado por la SAP de Almería de 17 de febrero de 2003⁴⁸, en un caso en el que se instaba la nulidad de una cláusula contenida en las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de la celebración del matrimonio del siguiente tenor:

«en caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D. ... asume la obligación de indemnizar a D.ª... en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de convivencia. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil... y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal.»⁴⁹.

Según el criterio de la Audiencia, esta capitulación tiene una doble naturaleza: por un lado, parece otorgar una valoración a la

⁴⁷ En EE.UU., sobre la posibilidad de establecer en un contrato no solamente los términos del divorcio, sino incluso los fundamentos para solicitar el mismo, como señala E. RASMUSEN/J. EVANS STAKE, «Lifting the Veil of the Ignorance. Personalizing the Marriage Contract», *Indiana Law Review*, núm. 73, 1998, pp. 453 ss. Ésta es la idea que subyace en el movimiento del «covenant marriage», reconocido ya en leyes de los Estados de Luisiana, Arizona y Arkansas (vide J. H. DIFONZO, «Customized Marriage», *loc. cit.*, pp. 875-962).

⁴⁸ AC 2003/623.

⁴⁹ Por tanto, no es una cláusula de renuncia a ninguno de los derechos derivados de la separación o el divorcio, sino de reforzamiento de aquéllos, similar, si creemos las notas de la prensa sensacionalista, a las pactadas por la actriz Catherine Zeta-Jones y el actor Michael Douglas.

convivencia conyugal y, por otro lado, supone una cláusula penal para salvaguardar los intereses económicos de un cónyuge y a la vez disuadir al otro de cesar en la convivencia. Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de Apelación consideran la citada cláusula nula por ser contraria al orden público matrimonial, estimándose además en la segunda resolución que el referido pacto es nulo por contravenir el artículo 1328 del Código Civil en el punto que considera nula cualquier estipulación limitativa de los derechos que correspondan a cada cónyuge. Afirma así la sentencia que:

«de admitirse la validez de la estipulación se estarán autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho de separación matrimonial reconocido implícitamente en el artículo 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges... al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial» [...] «la nulidad de la cláusula alcanza a los casos en que no se instase judicialmente la separación, pues se prevé su operatividad para los casos de simple cese de la convivencia. La razón de ello estaría en la falta de igualdad de los cónyuges que ocasiona aquella y que sería contraria al artículo 32.1 de la Constitución⁵⁰... Esta igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual».

A nuestro entender, estas consideraciones del Tribunal son más que discutibles y merecen alguna crítica. En primer lugar, la consideración de que la pena convencional pactada para el caso de separación limita el implícito derecho constitucional a separarse del obligado al pago de la pena no sólo olvida que la declaración de nulidad de la cláusula⁵¹ puede impedir el, este sí, derecho constitucional expreso a contraer matrimonio de quienes deseen hacerlo pero con acuerdos prematrimoniales del tipo descrito, sino que, sobremanera, es falsa y equívoca, pues el esposo obligado tendrá tanto menos que pagar cuanto antes se separe, lo cual, al contrario de lo dicho por la Audiencia, más que impedir, le induciría a la pronta separación. Pero es que, además, cuando alude al enorme montante que puede alcanzar la indemnización, el Tribunal también olvida la capacidad moderadora que el juez tiene en este tipo

⁵⁰ La Audiencia está partiendo de la eficacia directa de los derechos fundamentales o *Drittwirkung* (el hipotético derecho a separarse y la igualdad de los cónyuges) para declarar la nulidad de la cláusula.

⁵¹ El significado moral de una elección depende muchas veces de las alternativas posibles.

de cláusulas penales, conforme a lo dispuesto por el artículo 1154 del Código Civil para los contratos más clásicos, y que puede tener perfecta aplicación, directa o analógica, en el caso que nos ocupa. En fin, el «paternalismo judicial»⁵² que desprende esta sentencia contradice el amplio margen otorgado por nuestro Derecho a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la regulación de sus intereses, en un caso en el que no estaban implicados ni hijos menores, ni terceros que pudiesen resultar perjudicados, supuestos en los que sí habría que declarar la nulidad.

Las apreciaciones antedichas no equivalen a entender que la posibilidad de los cónyuges de autorregular sus propios intereses deba carecer de cualquier control judicial del contenido de los acuerdos. Centrándonos de nuevo en los pactos renunciativos de la pensión compensatoria, no cabe duda que sí serán contrarios a la ley, y en concreto al artículo 6.2 del Código Civil, aquellos que se hagan en perjuicio de terceros. Tal sería el caso de las renunciaciones hechas en perjuicio de los hijos⁵³ o de los acreedores de quien resultaría beneficiario de la pensión o incluso de aquellas renunciaciones que dejasen en la indigencia al renunciante, de suerte que sus atenciones hubiesen de ser cubiertas por otros sujetos sean públicos⁵⁴ o privados⁵⁵. Evidentemente, todos ellos estarían perjudicados por el

⁵² Sobre el paternalismo jurídico en relación con la institución matrimonial, del que se acusan mutuamente desde perspectivas radicalmente distintas, puede verse la interesante polémica suscitada entre K. ABRAMS, «Choice, Dependence and the Reinvigoration of the Traditional Family», *Indiana Law Review*, núm. 73, 1998, pp. 517 ss. (respondiendo a E. RAMUNSEN/J. EVANS STAKE, «Lifting the Veil of Ignorance. Personalizing the Marriage Contract», *loc. cit.*, pp. 453 y ss.), y J. EVANS STAKE, «Paternalism in the Law of Marriages», *Indiana Law Review*, núm. 74, 1999, pp. 801-821.

⁵³ Como reiteradamente considera la jurisprudencia alemana, incluso constitucional, *cf.* la sentencia del BVerfG de 6 de febrero de 2001, *FamRZ*, 2001, pp. 343-350, con nota de D. SCHWAB, a la que sigue otra del mismo tribunal, la de 29 de marzo de 2001, *FamRZ*, 2001, p. 985; *vide* H. BORTH, «Rechtsprechungübersicht zum Versorgungsausgleich ab 1.7.2000», *FamRZ*, 2003, pp. 889-899, espec. p. 895.

⁵⁴ En el caso norteamericano, la Sección 6 de la *Uniform Premarital Agreement Act* establece en su letra b) «If a provision of a premarital agreement modifies or eliminates spousal support and that modification or elimination causes one party to the agreement to be eligible for support under a program of public assistance at the time of separation or marital dissolution, a court, notwithstanding the terms of the agreement, may require the other party to provide support to the extent necessary to avoid that eligibility». En la jurisprudencia alemana también se han considerado contrarios al orden público (*Sittenwidriges Rechtsgeschäft*) los acuerdos de renuncia a derechos económicos que repercutan en una carga posterior para la *Sozialhilfe*; *vide*, entre otras, OLG Hamburg, de 10 de diciembre de 1998, *FamRZ*, 2000, p. 31. Ya con anterioridad ponía de manifiesto la ilicitud de los acuerdos de renuncia a los derechos alimenticios *postdivorcio* en perjuicio de tercero, D. SCHWAB, *op.cit.*, p. 182.

⁵⁵ En el ámbito del Código Civil, estos sujetos serían los obligados a prestar alimentos al necesitado, entre los que, mediando el divorcio y de conformidad con el artículo 144 del Código Civil, no está el ex cónyuge. Sí lo estará, por el contrario, el cónyuge separado aunque haya habido renuncia a la pensión compensatoria, que en ningún caso puede significar renuncia a un eventual derecho de alimentos por ser éstos irrenunciables, conforme al artículo 151 del mismo cuerpo legal.

acuerdo y, en consecuencia, la renuncia a la pensión sería nula de pleno derecho⁵⁶.

Igualmente, podría ser considerada la ineficacia total o parcial de un acuerdo de renuncia a la pensión por desequilibrio en aquellos casos en los que, de conformidad con los criterios generales en materia de negocio jurídico, se hubiera dado un cambio de las circunstancias entre el momento de su celebración y el de su ejecución efectiva, que convirtiera en irracional la plena efectividad del mismo por la aparición de hechos nuevos de suficiente relevancia que no pudieron ser tenidos en cuenta por las partes en el momento de la negociación contractual. No debe olvidarse que las relaciones entre los cónyuges a lo largo de la vida matrimonial son, como todas las interpersonales, dinámicas en extremo y pueden variar de forma muy notable a lo largo de los años de convivencia. Por el contrario, si el acuerdo prematrimonial de renuncia permanece en los términos acordados en su día, sin haber sido modificado por un nuevo convenio de las partes, será algo totalmente estático, pactado sobre bases negociales que han podido variar radicalmente. En síntesis, estamos de acuerdo con la opinión, manifestada en una decisión judicial ya antes citada⁵⁷, que da relevancia a ese cambio de circunstancias y decreta, a pesar de la renuncia, un beneficio económico para el cónyuge renunciante⁵⁸. De nuevo el problema se sitúa en la valoración judicial de ese cambio de circunstancias y de su relevancia para deducir de ello la eficacia o ineficacia del acuerdo de conformidad con los intereses en juego. Así, por ejemplo, el transcurso de un período de tiempo muy prolongado entre la celebración del acuerdo y su exigibilidad, la aparición de una enfermedad importante de una de las partes entre ambos momentos, o el nacimiento o adopción de hijos comunes cuando en el tiempo de la celebración del acuerdo se estaba

⁵⁶ A nuestro entender, para justificar la nulidad de las renunciaciones previas a la pensión cuando dejen en la indigencia al renunciante no es preciso acudir, como hace J. EGEA FERNÁNDEZ en su trabajo varias veces citado, a la presunta naturaleza asintencial o pseudoalimenticia de la pensión compensatoria en lo que se destine a cubrir lo que sea indispensable para el sustento del cónyuge separado o divorciado y argumentar así la análoga aplicación del artículo 151 del Código Civil, que establece la irrenunciabilidad del derecho de alimentos.

⁵⁷ SAP de Granada de 14 de mayo de 2001.

⁵⁸ En un sentido similar al manifestado en el texto, L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *op. cit.*, p. 196, quien a pesar de apoyar la general validez de los pactos prematrimoniales plantea sus dudas respecto a aquellos supuestos en que exista un absoluto desvalimiento de quien renuncia a una pensión al casarse o con gran antelación a la ruptura, estimando la posibilidad de que ante tal desvalimiento el juez pudiese fijar la pensión, sin tener por eficaz el pacto, debido al tiempo transcurrido. También alude al cambio de las circunstancias y su relevancia para dar o no eficacia al pacto preventivo, T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 70.

en la idea de no tener descendencia, pueden ser motivos suficientes para justificar el control judicial del acuerdo preventivo.

5. CONCLUSIÓN

El matrimonio es una institución jurídica que presenta una clara naturaleza bifronte. Por un lado, constituye la fuente de un estado civil con proyección pública, generador de derechos y deberes entre los cónyuges y respecto de terceros; por otro, da lugar a una modalidad de convivencia y solidaridad entre los particulares que deciden contraerlo y someterse a su régimen jurídico. Desde esta segunda perspectiva, como institución con proyección privada, debe regir entre sus miembros el principio general de autonomía de la voluntad, cuyos límites se encuentran fuertemente condicionados por la primera de las perspectivas citadas. Trazar los puntos que van a demarcar la línea que separa ambos frentes es una tarea casi nunca sencilla de realizar.

La tesis que aquí mantenemos es que el amplio margen otorgado por nuestro Derecho al poder de autorregulación de los esposos en relación con la institución matrimonial permite, entre otras cosas, la celebración de acuerdos preventivos en los que, con carácter vinculante para los cónyuges o los futuros cónyuges, se pacten las consecuencias patrimoniales de la posible ruptura matrimonial en caso de una eventual separación o un posterior divorcio. Entre tales consecuencias estimamos perfectamente lícita aquella cláusula que implica la recíproca renuncia onerosa o gratuita a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código civil. A partir de ese principio general de admisibilidad, entendemos asimismo que la perspectiva pública antes aludida permite declarar nulas estas renunciaciones, por existir sombras de licitud bien en el proceso negociador del acuerdo, bien en su contenido. Lo primero puede suceder porque la parte del acuerdo con mayor poder negociador (normalmente el hombre) usa tal poder en la etapa precontractual para satisfacer sus preferencias en detrimento de la otra parte (bajo nuestra concepción, normalmente la mujer). Lo segundo puede darse, bien por violación de los derechos fundamentales de los cónyuges protegidos por el orden público constitucional, bien porque los acuerdos prenupciales perjudiquen a terceros (entre ellos, a los hijos), o incluso por un cambio sobrevenido de las circunstancias lo suficientemente importante como para modificar las bases sobre las que se sustentaba el pacto. El control judicial *ex post* del acuerdo asegura el respeto a esos límites.

