

Título: Derecho patrimonial de familia. Desafíos pendientes

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: LA LEY 13/03/2018, 13/03/2018, 1 - LA LEY 2018-B, 668

Cita: TR LALEY AR/DOC/448/2018

Sumario: I. Introducción y objetivos.— II. Características generales del Derecho que regula la familia actual.— III. La tensión entre el derecho a la libertad y la regulación estatal.— IV. Los sistemas matrimoniales débiles y los pactos en previsión de la ruptura.— V. ¿Cuáles son los motivos para realizar pactos en previsión de la ruptura?— VI. Los pactos en previsión de la ruptura. Diferencias con otros contratos que regulan las relaciones económicas entre los cónyuges.— VII. Validez de los pactos en previsión de la ruptura con relación al Derecho argentino.— VIII. Pactos en previsión de la ruptura que prevén indemnizaciones por incumplimientos al deber de fidelidad.— IX. Los acuerdos económicos en el Derecho norteamericano.— X. El consentimiento informado como requisito de validez.— XI. El asesoramiento legal independiente.— XII. El plazo del tiempo entre la firma del acuerdo y el matrimonio.— XIII. La renuncia a la compensación económica en el Derecho catalán.— XIV. El cambio de circunstancia y la ineficacia de los acuerdos prematrimoniales.— XV. Conclusiones.

Un acuerdo consistente en fijar una indemnización a cargo del cónyuge incumplidor del deber incoercible de fidelidad permitiría dar trascendencia jurídica a este último, eliminando incertidumbres tanto sobre la posibilidad de obtener resarcimiento como sobre su determinación. Y en cuanto a su validez, no parece que quepa cuestionarla, pues a diferencia de los acuerdos de supresión de los deberes conyugales, como el de asistencia, los que ahora consideramos no comportan una alteración del contenido indisponible de la unión.

I. Introducción y objetivos [\(1\)](#)

En el presente trabajo nos proponemos abordar uno de los principales desafíos del Derecho patrimonial de familia actual que consiste en determinar cuál es el ámbito de las relaciones patrimoniales de los miembros de la familia que puede ser regulado por la autonomía de la voluntad de los individuos.

En particular nos queremos detener en precisar en qué medida tienen validez tanto las convenciones en previsión de la ruptura realizadas, tanto para renunciar, cuantificar, o especificar la duración de las compensaciones económicas, cómo los pactos que se realicen estableciendo responsabilidades por incumplimiento de los deberes matrimoniales en especial por el incumplimiento del deber de fidelidad.

En este siglo XXI parece, a simple vista, que a contrario sensu de los siglos anteriores, dentro del Derecho de familia tiene más cabida la libertad y la autodeterminación en el ámbito de las relaciones personales que en las relaciones patrimoniales.

Así ya avanzada la segunda década de este siglo se acepta con absoluta normalidad el matrimonio entre personas del mismo sexo como un desprendimiento del derecho a la autodeterminación y como un ejercicio de la libertad de sus contrayentes. En sentido similar existe una apertura hacia la maternidad subrogada como una sublimación a la filiación por voluntad procreacional donde nuevamente prima la libertad de los individuos de conformar un modelo de familia diferente.

En cambio en materia de Derecho de familia patrimonial —que es donde la autodeterminación y libertad tuvo sus primeras aceptaciones en un derecho signado por la determinación estatal— hoy se advierte un mayor proteccionismo y un apego a la decisión del legislador en orden a la regulación de las consecuencias patrimoniales tanto de las relaciones matrimoniales, como de su ruptura.

Esta diferencia de conceptualización o este apego normativo que se advierte en materia patrimonial y no se visualiza en igual medida, en la faz personal de las relaciones familiares, puede deberse a que en materia personal es más fácil justificar los cambios o el alejamiento de las concepciones imperativas con fundamento en los tratados de derechos humanos o en los principios superiores que rigen la materia o en los derechos fundamentales, lo que cuesta mucho más en materia patrimonial.

Así, por ejemplo, alejarse del matrimonio heterosexual en aras de la libertad de los contrayentes para autodeterminarse tiene un sustrato de derechos humanos de ribetes más fáciles de enunciar que cuando se deben fundamentar soluciones patrimoniales en pro de la autonomía de la voluntad. Como la posibilidad de la renuncia de compensación económica, que aun así puede ser igualmente fundamentada en el pluralismo y en la igualdad de los contrayentes [\(2\)](#).

Creemos que para poder comenzar a desarrollar el tema de los desafíos del Derecho de familia en orden del Derecho patrimonial previamente a todo debemos enunciar muy brevemente cuáles son las características del Derecho que regula la familia actual para luego determinar, porque la autonomía de la voluntad constituye un desafío en orden a la formulación de convenios en previsión de la ruptura en especial aquellos que hacen a las compensaciones económicas y a la determinación de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de

fidelidad en la pareja.

II. Características generales del Derecho que regula la familia actual

El Derecho de familia que regula la familia actual encuentra comprometido con el respeto de los derechos humanos. Ello lo lleva ser un derecho que propugna: la igualdad entre los miembros de las parejas tanto matrimoniales como convivenciales, el respeto a la libertad y autodeterminación, la atención absoluta al interés superior del niño, el acatamiento y sometimiento a la protección, apoyo y salvaguarda de las personas con discapacidad, el amparo, respaldo, respeto, sostén y tutela de los adultos mayores.

Por otra parte es un Derecho que acepta que el matrimonio —que puede ser celebrado entre personas del mismo sexo— es disoluble y el divorcio es incausado, y objetivo.

Además el Derecho de familia reconoce hoy a las uniones convivenciales y les otorga similares derechos personales que al matrimonio, mientras que en el orden patrimonial lo distingue de éste al no acordarle derechos sucesorios legitimarios, ni un régimen legal de comunidad de bienes.

Finalizada la pareja, esta puede convenir las pautas de su disolución en el convenio regulador; en el supuesto de producirse un desequilibrio económico deberá pagarse una compensación económica y en el caso de que mediara una enfermedad anterior al divorcio, al menos en el régimen argentino, se deben alimentos post divorcio, como consecuencia de la solidaridad familiar.

Advertimos que en orden a las relaciones de pareja la regla es la disolubilidad y en tal marco referencial es lógico que las parejas, sobre todo aquellas que ya han sufrido una disolución, piensen en reglas que prevean las consecuencias de su ruptura. Estas serán como un "seguro"; no necesariamente han de aplicarse, pero están presentes para el caso de una contingencia.

III. La tensión entre el derecho a la libertad y la regulación estatal

El Derecho de familia ha sido desde siempre de carácter imperativo; y si bien en la realidad cada familia se organiza como quiere (prueba de ello es la existencia de familias musulmanas en países que no son), lo cierto es que el Estado se preocupa por imponer normas que permitan asegurar que los individuos ejerzan sus derechos fundamentales y por sobre todas las cosas que pueden desarrollarse como tales.

La cuestión radica en determinar en qué medida la autonomía de la voluntad puede regular las relaciones de las personas unidas en matrimonio y, fundamentalmente, ¿con qué límites puede aceptarse que pacten las consecuencias de su ruptura alejándose de las condiciones impuestas por las leyes que regulan el divorcio o la disolución de los vínculos convivenciales?

Es indiscutible que las personas pueden regular sus relaciones privadas como más les guste y convenga, pero también resulta imperativo que el Estado establezca normas imperativas que les permitan a los individuos desarrollar sus derechos fundamentales [\(3\)](#).

Así la autonomía de la voluntad va a aparecer limitada cuando se trata de proteger el interés superior del niño o en la determinación de la edad para contraer matrimonio, porque el Estado ha puesto normas imperativas que tienden a proteger a la posibilidad del sujeto de autorrealizarse, lo que sería imposible si se aceptara la violencia contra la mujer o el matrimonio infantil. Pero de allí no se deriva que todo el derecho de familia sea o deba ser de carácter imperativo.

Por el contrario como la razón de ser de permitir la existencia de normas obligatorias es la necesidad de lograr que se puedan ejercitar los derechos fundamentales, se debe admitir la posibilidad de la libertad de autorregulación como respeto al derecho de libertad y de autodeterminación, y la aceptación de las diferencias culturales.

Por otra parte debemos partir de afirmar que la posibilidad de autorregulación o autodeterminación se da en las relaciones horizontales entre iguales y resulta imposible o, al menos, más dificultoso en las relaciones verticales como las que se suscitan entre padres o hijos.

La cuestión radica en determinar si se pueden regular las consecuencias de la ruptura matrimonial o convivencial, ya sea antes del matrimonio o de comenzada la convivencia o durante el casamiento o la unión, cuando el sistema jurídico ha previsto consecuencias jurídicas determinadas para la disolución o formas para regular los aspectos patrimoniales, cuando ya se ha producido la crisis.

Por nuestra parte creemos que sí se pueden regular por anticipado las consecuencias de la ruptura o, al menos, que sería conveniente que pudiera hacerse, porque en países como la Argentina el pacto entre cónyuges está absolutamente limitado tanto antes del matrimonio como durante su vigencia.

Y estamos convencidos de que puede y debe existir una libertad de negociación entre cónyuges y

convivientes en previsión de la ruptura porque el hacerlo es un corolario de la igualdad de las partes contrayentes, como así también una forma de respeto a la diversidad cultural de los celebrantes y una aceptación de que existen diversos modelos de familias.

Por supuesto que estos pactos tienen que tener límites para que la negociación a la que adherimos en aras de proteger la libertad caiga en un abuso o como señala el jurista español Garrido Melero (4) en una "notorialización" de la vida familiar por la negociación que se haga "in the shadow of the law" (5).

En este tema cabe recordar a Encarna Roca Trías, quien señalaba que aunque parece ser que los cónyuges modernos vienen ejerciendo con mayor frecuencia su autonomía, y por ende el derecho a desplazar las reglas por defecto con la autorregulación de sus intereses en el contexto matrimonial, estos enfrentan dificultades al tratar de ejercer esta autonomía de la voluntad" que todos pretenden reconocer como eje del sistema, pero que todos también encuentran muchas dificultades en aplicar" (6).

Es muy difícil buscar el equilibrio entre la libertad y la regulación estatal, pero creemos que una revista del Derecho comparado nos va a ayudar a establecer los límites para el equilibrio.

IV. Los sistemas matrimoniales débiles y los pactos en previsión de la ruptura

Ya hemos dicho que el sistema familiar de uniones matrimoniales y convivenciales es débil, por su inestabilidad. En este sistema es riesgoso invertir.

Stevenson (2007) analiza cómo las leyes de divorcio alteran los incentivos en la conducta de los cónyuges para realizar inversiones en el matrimonio; y señala que especialmente se reducen las inversiones en un nuevo matrimonio. Concluye la autora que la gente invierte en sus matrimonios en la medida en que tengan seguridad de una relación estable o en la medida en que sus parejas se comprometan de manera creíble con las inversiones en el matrimonio.

En este sentido el catedrático español Martínez Aguirre señala que: "Ambos cónyuges saben, cuando se casan, que entran en una relación institucionalmente inestable, fácilmente rompible por cualquiera de ellos sin que el otro pueda impedirlo, de forma que está en su mano no tomar decisiones acerca de su propia conducta y patrimonio (por ejemplo, dejar su profesión o trabajo) que puedan generar un desequilibrio o establecer en su caso las cautelas necesarias por vía de la autonomía de la voluntad. Pero en este punto las tradiciones jurídicas tanto española como argentina no están todavía muy desarrolladas; y quizá haya que esperar a ver la evolución en los próximos años: la situación en Derecho español, desde luego, está muy alejada de la importancia que tienen los acuerdos prematrimoniales, por ejemplo, en el Derecho de EE.UU."

V. ¿Cuáles son los motivos para realizar pactos en previsión de la ruptura?

Los pactos en previsión de una futura ruptura se asocian, desde una perspectiva sociológica, a personas que ya han atravesado los costes emocionales y financieros de un divorcio o a otros sujetos que han visto de cerca las consecuencias traumáticas de una ruptura, por vivencias de parientes y amigos; ello les lleva a adoptar precauciones frente a una experiencia amarga que no se desean repetir o vivir en carne propia. Asimismo la existencia de descendencia no común, fruto de una unión anterior, hace que se arrastren cargas familiares, como, por ejemplo: pensiones compensatorias o de alimentos. En tales casos, la prudencia y una visión realista de los recursos hacen de esta clase de acuerdos una necesidad sentida y acuciante. En otras ocasiones, su perfección puede tener lugar tras un desencuentro salvable en el que los interesados se conceden un período de reflexión, durante una separación de hecho libremente consentida (7) y sólo bajo ciertas "condiciones" desean restablecer la convivencia marital (8).

Para entender mejor el segundo supuesto, cabe poner como ejemplo un juicio resuelto por el Tribunal Superior español en un caso en el que los cónyuges habían tenido desavenencias durante el matrimonio y habían firmado un acuerdo en previsión de la ruptura. Los hechos eran los siguientes: Angélica y Claudio contrajeron matrimonio, a los años la esposa dedujo demanda de divorcio y medidas precautorias, posteriormente los cónyuges se reconciliaron y la esposa desistió de la primitiva demanda de divorcio. Los cónyuges firmaron un acuerdo por el cual el marido se comprometió, si se producía una nueva separación, a entregar a su esposa, desde el momento en que se produjera la separación, la cantidad equivalente a 200.000 Ptas. mensuales, más el importe de su actualización.

Con posterioridad a la firma de dichas escrituras y subsistiendo las desavenencias en el matrimonio, Angélica dedujo nueva demanda de separación y solicitó el pago de la pensión; y el marido cuestionó la validez del convenio

El Tribunal Superior español resolvió que el contrato celebrado entre Angélica y Claudio constituye un contrato entre los cónyuges atípico, válido, de acuerdo con la autonomía de la voluntad. Reúne los requisitos exigidos en el art. 1261 Cód. Civil español para la validez de los contratos e impone obligaciones a una de sus

partes.

Por otra parte el Tribunal Superior español juzgó la validez de la pensión acordada por los cónyuges a cargo del marido y lo condenó a cumplirla.

En el ejemplo puesto vemos un claro caso de compensación económica pactada por los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, tras una separación matrimonial en previsión de una nueva ruptura.

Pero los acuerdos en previsión de una futura ruptura no son un instrumento jurídico reservado solamente a "escarmentados" o a quienes continúan arrastrando el pago de pensiones provenientes de un matrimonio anterior. Aunque la práctica evidencia esa voluntad de proteger el propio patrimonio en beneficio de los hijos procedentes de un enlace anterior frente al nuevo cónyuge, el contrato rector de una crisis es idóneo en otros escenarios distintos de las familias reconstituidas. Puede resultar útil en patrimonios de cierta entidad que cuenten con algún factor de singularización; y así, por ejemplo: dejar a salvo la empresa familiar de los avatares que pueda padecer la relación sentimental o de pareja, si no puede salvarse el matrimonio al menos que el negocio quede intacto y pueda asegurarse su continuidad. Estas previsiones, en contemplación a un futuro divorcio suelen ser materia integrada en los protocolos familiares, siguiendo el consejo de algunos profesionales. Sin embargo, al igual que sucede con el compromiso de otorgar capitulaciones obligándose a pactar separación de bienes, es bastante dudoso que pueda imponerse la perfección de un acuerdo prematrimonial entre los miembros de la familia empresaria y sus consortes [\(9\)](#).

VI. Los pactos en previsión de la ruptura. Diferencias con otros contratos que regulan las relaciones económicas entre los cónyuges

Los negocios jurídicos entre cónyuges y convivientes que son fruto de la autonomía de la voluntad y que regulan sus relaciones económicas son:

a) Las "convenciones matrimoniales y los acuerdos convivenciales", que son los modelos para organizar la economía conyugal o convivencial y que establecen los bienes que los cónyuges o convivientes llevan a la pareja, las donaciones que se realizan y fundamentalmente establecen el régimen de bienes que ha de regir la vida en común.

b) Los "convenios reguladores" que son un vínculo formal que permite la expresión de la voluntad de los cónyuges cuando estos se divorcian, que es el llamado convenio regulador que aparece regulado en el art. 439 del Cód. Civ. y Com.

c) Los "convenios atípicos otorgados en ocasión de la crisis matrimonial", que se dan normalmente durante la separación de hecho, anterior al matrimonio, que pueden contener pautas de los convenios reguladores, pero que no constituyen en realidad típicos convenios reguladores porque no han sido homologados judicialmente. Ellos en realidad constituyen pactos atípicos realizados durante el matrimonio, cuando la crisis ya se ha producido sin que tengan la entidad de convenios reguladores. La jurisprudencia española ha aceptado su validez, pero al no tener la homologación judicial carecen de su fuerza ejecutoria [\(10\)](#). Estos acuerdos son válidos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre que concurren los requisitos exigidos para los contratos, es decir, consentimiento, objeto y causa; por otra parte cabe señalar que no es necesaria la homologación judicial para su eficacia, que tienen efectos inter-partes, que no pueden proyectar su eficacia frente a terceros por su falta de publicidad y, que por supuesto, tienen los límites impuestos en general a la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

d) Finalmente tenemos los pactos en previsión de la ruptura que son los convenios atípicos realizados por las partes, previendo las consecuencias económicas que una futura ruptura les podría producir.

VII. Validez de los pactos en previsión de la ruptura con relación al derecho argentino

Cabe preguntarse si son válidos los pactos económicos con relación a la ruptura en el Derecho argentino.

Con respecto a este tema cabe distinguir los pactos realizados con anterioridad a la celebración de la unión convivencial; o del matrimonio, de los pactos y convenios realizados durante el matrimonio y la unión convivencial y de los convenios realizados como consecuencia de la crisis, cuyo contenido típico son las previsiones de una ruptura que ya es una realidad.

VII.1. Tipos de acuerdos. Matrimoniales o prematrimoniales. Acuerdos previos a la unión convivencial o celebrados durante la unión convivencial. Acuerdos de convenio regulador no homologados o no presentados judicialmente

En este sentido debemos distinguir como se hace en el Derecho norteamericano el acuerdo matrimonial o convencional del acuerdo premarital o pre-convencional. A saber:

El "Acuerdo matrimonial o Convencional" es un acuerdo entre cónyuges o convivientes que desean

permanecer casados que afirma, modifica o renuncia a los derechos u obligaciones que surjan al fin de la relación, entre ellos al derecho a la compensación económica en caso de divorcio o finalización de la unión convivencial.

"Acuerdo premarital o pre convivencial" significa un acuerdo entre individuos que tienen la intención de casarse que afirma, modifica o renuncia a los derechos u obligaciones conyugales que de otro modo surjan entre ellos durante el matrimonio o en el divorcio o la disolución de la unión convivencial o, la muerte de uno de los cónyuges o convivientes.

VII.2. Convenios prematrimoniales o premaritales

Cabe señalar que el derecho Argentino establece como norma en el Artículo 446: Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.

Por otra parte el art. 447 establece: "Nulidad de otros acuerdos. Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor".

Claramente las limitaciones fijadas por estas normas se están refiriendo a las convenciones matrimoniales y no a los acuerdos en previsión de la ruptura. Así no se podrá establecer otro régimen de bienes que los dos previstos, o no se podrá hacer más donaciones que las que se establecen en el art. 446 del Cód. Civ. y Com.

Tengamos en cuenta que hay que hacer una distinción entre las convenciones matrimoniales conocidos en el Derecho español como capítulos matrimoniales, que son los que organizan la vida matrimonial y que prevén el régimen patrimonial matrimonial, y las convenciones en previsión de la ruptura que no organizan la vida matrimonial ni tampoco organizan el régimen matrimonial, ni tienen por objeto el patrimonio de los cónyuges, por lo tanto no podría caer en la prohibición del art. 447 del Cód. Civ. y Com.

En definitiva creemos que es posible sostener la validez de las convenciones en previsión de la ruptura realizadas con anterioridad al matrimonio, que no establezcan un régimen de bienes ni tampoco establezcan reglas sobre los bienes de los cónyuges durante la vida matrimonial, en virtud de la autonomía de la voluntad.

VII.3. Convenios matrimoniales

En principio no podrían ser válidos los contratos atípicos celebrados con previsión de la ruptura en el Derecho argentino entre cónyuges unidos por el régimen de comunidad, porque no se pueden realizar ningún tipo de contratos entre esposos casados por el régimen de ganancialidad pendiente el matrimonio. Conforme lo dispone el art. 1002 del Cód. Civ. y Com. que dice: "Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio.... d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad", entre sí.

Pero sí serían plenamente válidos los convenios en previsión de la ruptura celebrados durante el matrimonio por cónyuges unidos con un régimen de separación de bienes.

VII.4. Pactos de convivencia

Pueden ser celebrados válidamente los acuerdos pre convivenciales o durante la unión convivencial, donde según el art. 513 los límites para celebrar pactos de convivencia, consistentes en que éstos no pueden ser contrarios al orden público ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

Por nuestra parte, agregamos, que tampoco podrían ser válidos si se celebraran con existencia de un eventual abuso de posición dominante en el proceso negociador o con violación de derechos constitucionales de uno de los cónyuges.

En principio estos pactos prevalecen sobre las normas previstas en el Código (argumento art. 513). Sin embargo, ellos están limitados y existen materias donde no puede acordarse.

Así los pactos no pueden dejar sin efecto lo dispuesto por los arts. 519 (asistencia recíproca), 520 (contribución en los gastos), 521 (responsabilidad por deudas contraídas por unos de los convivientes para solventar los gastos del hogar o mantenimiento y educación de los hijos) y 522 (protección de la vivienda familiar). Estos ítem conforman el régimen primario, que es inderogable por la voluntad de las partes y aplicable a cualquier pacto de convivencia al que ellas decidan someterse.

El art. 514 dispone que los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.

Tal como se encuentra redactada la norma, la enumeración dada es solamente enunciativa, pudiendo pactarse otras cuestiones que no se encuentren mencionadas; de allí que puedan regularse las compensaciones económicas, tanto antes de iniciada la unión convivencial como durante la convivencia.

El convenio sobre procedencia, monto y forma de pago de las compensaciones económicas dará certeza a cualquiera de los miembros de la pareja acerca de las obligaciones que eventualmente deberá asumir si es que la convivencia termina. Y también lo motivará a invertir en la pareja en tiempo y esfuerzo.

Además de estos aspectos que la norma enumera puede pactarse cualquier otro punto relativo a la convivencia, tanto patrimonial como extrapatrimonial. Los límites serán que los pactos no pueden tener cláusulas o condiciones que violenten la igualdad de los convivientes, ni tampoco condiciones prohibidas (art. 344).

VIII. Pactos en previsión de la ruptura que prevén indemnizaciones por incumplimientos al deber de fidelidad

Por nuestra parte pensamos que podría acordarse el deber de fidelidad entre convivientes. Entendemos que dicha cláusula no resulta contraria a la moral o a las buenas costumbres, siempre y cuando se pacte recíprocamente el deber.

Podría preverse también la posibilidad de indemnizaciones por daños y perjuicios en caso en que alguno de los cónyuges faltase al deber de fidelidad.

Precisamente un acuerdo consistente en fijar una indemnización a cargo del cónyuge incumplidor del deber incoercible de fidelidad permitiría dar trascendencia jurídica a este último, eliminando incertidumbres tanto sobre la posibilidad de obtener resarcimiento como sobre su determinación. Y en cuanto a su validez, no parece que quepa cuestionarla, pues a diferencia de los acuerdos de supresión de los deberes conyugales, como el de asistencia, los que ahora consideramos no comportan una alteración del contenido indisponible de la unión. Los esposos simplemente asumen de forma voluntaria la obligación de resarcir en caso de incumplimiento de un deber de no hacer, de carácter personalísimo, configurando así, de conformidad con sus planteamientos, convicciones y expectativas depositadas en el matrimonio, el grado de compromiso que pretenden asumir [\(11\)](#).

En caso de incumplimiento de lo pactado, entendemos que se abre para el cónyuge perjudicado una triple opción: a) requerir judicialmente o extrajudicialmente el cumplimiento, es decir, el pago de los daños, en caso de demandar la acción deberá ser ejercida ante el juez de familia que corresponda al domicilio de convivencia; b) dejar de cumplir con los derechos y deberes que estén a su cargo con basamento en el incumplimiento del otro.

Por su parte Roca Trías cuestiona la validez de estos pactos, porque "considera que ellos implicarían la asunción de una cierta insolubilidad pactada, que cree no es posible admitir, en un sistema matrimonial constitucional, que tiene como base el Derecho a la libertad" [\(12\)](#).

IX. Los acuerdos económicos en el Derecho norteamericano

Donde más se han desarrollado los acuerdos prematrimoniales es en el Derecho norteamericano. Particularmente a partir de 1983, año en el cual se redactó el "Uniform Premarital" Agreement Act, que fue adoptado con la finalidad de unificar la jurisprudencia existente en esta materia.

Por su parte el American Law Institute dictó en el año 2002 los "Principles of the Law the Family Dissolution". Ellos dedican el capítulo siete a los acuerdos en previsión de la ruptura tanto de los matrimonios como de las uniones convivenciales. Estos principios no tienen carácter normativo pero influyen considerablemente en el derecho de los Estados Unidos y de otros países.

Con posterioridad en el año 2012 se publica un nuevo documento: "Uniform Premarital and Marital Agreement Act". Este texto sustituye al de 1983 (Uniform Premarital Agreement Act) y supone la consolidación de un proceso que tiene sus orígenes en la ya famosa sentencia del caso "Posner v. Posner" (1972).

Tanto en el Uniform Agreement Act como en los Principios, el principal requisito del acuerdo prematrimonial como contrato, es la voluntariedad; si el consentimiento estuviera viciado o no fuera libre, conforme a su naturaleza, el acuerdo sería ineficaz.

X. El consentimiento informado como requisito de validez

Para la validez de los acuerdos en previsión de la ruptura, es imprescindible el consentimiento informado. Si el contenido del acuerdo se refiere a la renuncia o a la limitación del derecho a percibir una pensión en caso de ruptura, se exige una información específica a la parte que renuncia o que se perjudica económicamente.

El consentimiento informado resulta imprescindible en un contrato cuyos efectos pueden producirse mucho

tiempo después de celebrado, ello así resulta necesario que las partes conozcan correctamente el alcance de la manifestación de su voluntad, pues se fijan aspectos en vista a una situación hipotética, más o menos lejana, que puede llegar a no producirse nunca.

La contingencia de ese suceso aproxima el pacto en previsión de una futura ruptura a un contrato con un cariz aleatorio. Roca Trías sostiene que el acuerdo prematrimonial "podría equipararse a un seguro de daños: nadie quiere el daño, aunque el contrato viene a prevenir el desastre si ocurre". En contrapartida, ese distanciamiento temporal no exento de peligros para la adecuada formación del consentimiento conlleva una gran ventaja: evitar verse contaminado por las secuelas psicológicas e incluso el ánimo vengativo que a veces acompaña al divorcio; las decisiones serán, por regla general, más razonables y equitativas, si se adoptan en un contrato prematrimonial.

XI. El asesoramiento legal independiente

Se ha introducido como requisito la necesidad de que las partes cuenten con asesoramiento legal independiente, antes de la firma del acuerdo. Ciertamente la presencia y actuación de un profesional del Derecho garantiza la información adecuada y necesaria para que las partes firmantes emitan un consentimiento válido y suficiente.

Se discute si es necesario uno o más abogados para asesorar a ambos contrayentes.

Pareciera que el término "independiente" hace alusión a un abogado diferente para cada parte. Así, por ejemplo, en el caso "Boote v. Shivers", la Corte de Apelación de Tennessee, en sentencia de 21 de octubre de 2005, aceptó la validez de un acuerdo firmado por una mujer que estaba enferma en el hospital sometida a un tratamiento de analgésicos muy fuertes y que lo hizo sin leerlo, pues no llevaba las gafas puestas. Pero el contrato se había negociado y celebrado con la presencia de un abogado, quien la había asesorado y explicado su contenido. Por lo tanto, cuando la mujer firmó el acuerdo patrimonial, conocía su contenido y su consentimiento era libre e informado.

Por su parte en el Código de Cataluña también se requiere el asesoramiento legal independiente ello está contemplado en su art. 231-20.2, que establece que cada parte debe ser informada por separado por un notario. Su tarea tiene una doble finalidad: por un lado, la de informar a cada cónyuge de los cambios que produce la propuesta de pacto: y, por otro lado, la de advertir sobre el deber que tienen las partes de informarse recíprocamente respecto del patrimonio, ingresos y expectativas económicas futuras.

Concretamente el Derecho catalán exige que el notario se reúna con las partes de forma previa al otorgamiento del pacto; y por separado, para garantizar, precisamente, que el consentimiento prestado sea libre e informado y no viciado por la influencia o presencia del otro cónyuge.

XII. El plazo del tiempo entre la firma del acuerdo y el matrimonio

Para estimar si el consentimiento emitido es libre y voluntario, y ha sido debidamente formado, cobra importancia un indicio que, a veces, se convierte en definitivo para resolver sobre la validez de un acuerdo: el plazo del tiempo que media entre la firma y el acuerdo y la celebración del matrimonio.

La finalidad de este requisito temporal entre la celebración del pacto y la del matrimonio que afecta, únicamente, a los acuerdos que se suscriben con anterioridad al matrimonio radica en evitar cualquier tipo de influencia sobre la efectiva voluntad de las partes, dada la proximidad inmediata de la celebración matrimonial.

En los EE.UU no se establece un plazo de tiempo determinado para resolver sobre la validez de los acuerdos, pero sí es posible apreciar que cuando éste es excesivamente corto y no existe un adecuado asesoramiento, esto influye contra la validez de los acuerdos. Sin embargo el solo hecho de que haya sido celebrado un día antes o unas horas antes no ha impedido, en algunos casos, aceptarlo como válido. Por ejemplo, en el caso "Cornega v. Robinson", resuelto por la Corte de Apelaciones de Carolina del Norte, se celebró un acuerdo prematrimonial unos minutos antes de la celebración del matrimonio, en el que la esposa renunciaba a todos sus derechos en caso de divorcio o de muerte. Producida la muerte, la mujer impugnó la validez del acuerdo manifestando que no había recibido asesoramiento adecuado; y que el plazo de tiempo entre la firma del acuerdo y el matrimonio le impidió prestar un consentimiento libre y voluntario. El tribunal rechazó el planteo, porque la mujer no podía ser calificada como ignorante y había realizado el acuerdo ante un escribano, y frente a la presencia de un abogado, quien pudo haberla asesorado.

Muy diferente es la decisión tomada por la Suprema Corte Judicial de Maine, el 07/06/2002, caso "Hoag v. Dick". Al igual que sucedía en el caso anteriormente comentado, el acuerdo se firma en el aparcamiento de la iglesia donde iban a contraer matrimonio, minutos previos al enlace, por supuesto que sin asesoramiento legal ni información financiera; pero el fallo es totalmente opuesto: el acuerdo se declara inválido.

XIII. La renuncia a la compensación económica en el derecho catalán

En el Código catalán hay que distinguir en este punto los pactos celebrados con anterioridad al matrimonio de los celebrados posteriormente. En cuanto a los primeros, éstos se ven limitados por partida doble. Por un lado, los acuerdos que se celebren con anterioridad al matrimonio deberán otorgarse con una antelación mínima de treinta días antes del matrimonio. Y, por otro lado, habrá que tener presente que el matrimonio deberá celebrarse en el plazo de un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura pública, en aplicación analógica del art. 231-19.2 del Código, según el cual se establece que "los capítulos matrimoniales pueden otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio. Los otorgados antes sólo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y caducan si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año". En cambio, los pactos otorgados con posterioridad al matrimonio no se ven sometidos a ninguna limitación temporal.

Desde una perspectiva de Derecho comparado, puede destacarse que el informe emitido por la Law Commission del Reino Unido recomienda la no introducción de límites temporales, ya que considera que esta limitación no reporta ningún tipo de utilidad específica en la protección de las partes. Considera que la fijación de un período concreto de tiempo conlleva siempre una cierta arbitrariedad y que, sea cual sea el período impuesto para el otorgamiento de los pactos en previsión de ruptura matrimonial, éste únicamente desvía la presión a otro día. No obstante, se trata de una cuestión abierta a consulta.

XIV. El cambio de circunstancia y la ineficacia de los acuerdos prematrimoniales

Como fruto de la jurisprudencia, se incorporó al Derecho interno del Uniform Premarital Agreement Act una nueva causa de ineficacia: El cambio de las circunstancias.

De acuerdo a esta causa de ineficacia, un acuerdo que nace válido y proporcionado al momento de la celebración puede convertirse en injusto y desproporcionado en el momento de su ejecución y llegar a un resultado injusto o no razonable.

No cualquier cambio de las circunstancias permite al juez declarar ineficaz el acuerdo prematrimonial, sino que debe tratarse de un cambio dramático que tenga lugar por acontecer en circunstancias inusuales, como lo ejemplifica el caso "Crews v. Crews", donde la Corte de Connecticut aborda el divorcio de una pareja tras treinta y nueve años de casada. Las partes habían firmado un acuerdo prematrimonial con renuncia al régimen de comunidad de bienes, así como cualquier derecho a percibir una pensión compensatoria en caso de ruptura. Durante ese extenso período de vida conyugal, el esposo había incrementado considerablemente sus ingresos, por medio de la adquisición de importantes bienes; la esposa, como consecuencia de un accidente de coches, estaba en casa con la movilidad limitada, habiendo tenido que renunciar a desempeñar trabajo retribuido alguno. El tribunal aprecia el cambio de circunstancias que califica como "dramático", por lo que procede a declarar nulo el acuerdo prematrimonial.

Un caso semejante es in re "Marriage of Rosendale", sentencia de 28 de junio 2004, Corte de Apelación de California, cuarto Distrito, División 3; en este caso la esposa impugna el acuerdo prematrimonial suscrito en el que renunciaba a la pensión compensatoria que pudiera corresponderle en caso de divorcio. Como hecho decisivo del fallo es de tener en cuenta que la esposa durante el matrimonio había sufrido un grave accidente tras el que quedó afectada física y psíquicamente, estando totalmente imposibilitada para desempeñar trabajo retribuido alguno. La Corte de Apelación estima que la renuncia a la pensión no es inválida en sí misma, sólo lo será si existe una desproporción al tiempo de ejecutarse el acuerdo, actuando en consecuencia y estimando que los hechos probados así demandan la ineficacia de la renuncia.

Se trata de lo que en nuestro Derecho se enuncia en la cláusula *rebus sic stantibus*, la que no se refiere a una cuestión de validez intrínseca del acuerdo sino que se orienta a mantener, restringir o eliminar sus consecuencias, materia objeto de valoración judicial caso por caso. La finalidad de esta doctrina estriba en declarar la ineficacia, por causas exógenas e inimputables al sujeto, de un negocio jurídico que es inicialmente válido

XV. Conclusiones

Creemos que los pactos en previsión de ruptura realizados antes de la celebración del matrimonio o la unión convivencial o durante su vigencia, tendientes a regular las consecuencias económicas de la ruptura de la pareja, son válidos siempre que hayan sido celebradas por escrito, no sean contrarios al orden público ni a los derechos fundamentales de las partes y que respondan a un consentimiento libre e informado para lo cual, necesariamente, tienen que haber contado con asistencia técnica a su realización, ya que este instituto es sumamente novedoso y, en general es desconocido por la gente no letrada.

Por otra parte, estamos convencidos que un cambio sustancial en las circunstancias determinaría la invalidez del convenio o al menos su recomposición. Es cierto que en ello nos alejamos de la teoría general del contrato,

pero una visión más protectora de la familia justifica, en algunos aspectos, la aplicación de un régimen diferente al que se aplica a los contratos generales, que permita argumentar la posibilidad de invalidar un acuerdo válidamente celebrado pero injusto, irrazonable o desproporcionado cuando se ejecuta.

(1) BIBLIOGRAFÍA GENERAL: CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013; ROCA TRÍAS, Encarna, "Libertad y Familia", Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2004; FIGUEROA TORRES, Marta, "Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de la ruptura, en España Estados Unidos y Puerto Rico", Ed. Dykinson, Madrid, 2016; CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual derecho de los Estados Unidos: The uniform premarital and marital agreement act (2012)", Revista de Derecho Civil, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, vol. IV, núm. 2 (abril-junio, 2017). Estudios, ps. 3-54; BARCIA, Rodrigo, "Análisis económico del derecho de familia: una breve mirada al derecho de familia como una forma de promover la estabilidad del matrimonio". Revista del Magíster y Doctorado en Derecho nº 4, 2011; ALLUEVA AZNAR, Laura, "Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial". Comentario a la STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal, Secc. 1ª), de 12/07/2012, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, www.indret.com, InDret. enero 2013; ALASCIO CARRASCO, Laura - MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Contigo o sin ti: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo. Aproximación al análisis económico del divorcio en la ley 15/2005, de 8 de julio", Revista para el Análisis del Derecho, www.indret.com. InDret; MNOOKIN, Robert H. - KORNHAUSER, Lewis, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", Yale Law Journal, vol. 88, No. 5, Dispute Resolution (Apr., 1979), ps. 950-997; GASPAS LERA, Silvia, "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad". Trabajo enmarcado en el Proyecto de investigación "Validez y eficacia de normas y actos jurídicos" (DER2008-01669/JURI), del que es investigador principal el Dr. Jesús Delgado Echeverría. GARCÍA RUBIO, María Paz, "Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia". Ponencia a les XII Jornades de Dret Català a Tossa. Segona Ponencia. Les relacions econòmiques en la crisi familiar.

(2) DIEZ PICAZO, Sebastián, "El negocio jurídico del derecho de familia", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1962, p. 171, reproducidos en el capítulo IV del Libro de "Familia y Derecho", p. 87. El autor justifica la autonomía privada en el derecho de familia en el principio de igualdad y en el pluralismo.

(3) ROCA TRÍAS, Encarna, ob. cit., p. 71.

(4) GARRIDO MELERO, Martín, "Derecho de Familia. Un Análisis del Código Civil Catalán y su correlación con el Código Civil Español", Ed. Marcial Pons, 1999, p. 48.

(5) La expresión "bargaining in the shadow of the law" fue utilizada por primera vez en el New Yale Journal por Robert Mnookin and Lewis Kornhauser en abril de 1979 ps. 950 a 997 y de allí adquirió carta de ciudadanía. FIGUEROA TORRES, Marta, ob. cit.

(6) ROCA TRÍAS, Encarna, "Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis", en Libro homenaje al Profesor Luis Puig i Ferriol, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2006, p. 2107, 2138.

(7) Así fue resuelto en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia español sentencia TS 217/2011 (Sala 1) de 31 de marzo.

(8) BARRIO GALLARDO, Aurelio, "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español" [Http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/58009/Documento_completo_.pdf-PDFA.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/58009/Documento_completo_.pdf-PDFA.pdf?sequence=1).

(9) BARRIO GALLARDO, Aurelio, ob. cit.

(10) El Superior Tribunal Español en el Acuerdo del 12/02/2002 establecía que la jurisprudencia que reconoce plena eficacia "inter partes" a los convenios entre los cónyuges, aunque carezcan de la sanción judicial, se haya plenamente consolidada. Por otra parte el Tribunal distingue entre los convenios con y sin homologación judicial, y si bien considera tal homologación conditio iuris de eficacia del convenio regulador del art. 90 Cód. Civil, en absoluto desconoce la eficacia del que no haya sido objeto de aprobación judicial en tanto que negocio jurídico válido concertado.

(11) GASPAS LERA, Silvia, "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad", ADC, t. IXIV, 2011, fasc. III.

(12) ROCA TRÍAS, Encarna, "Autonomía...", ob. cit., p. 100.