

# ACUERDOS PREMATRIMONIALES: LEY APLICABLE Y DERECHO COMPARADO

## PRENUPTIAL AGREEMENTS: COMPARATIVE LAW AND APPLICABLE LAW

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Doctora en Derecho*

*Profesora ayudante de Derecho Internacional privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 02.02.2015 / Aceptado: 06.02.2015

**Resumen:** Los acuerdos celebrados antes del matrimonio permiten a los futuros cónyuges regular aspectos patrimoniales y también personales derivados de su unión. Estos pactos, de tradición anglosajona, pueden resultar muy útiles en caso de ruptura debido a que ya no sólo permiten regular aspectos tan controvertidos como la liquidación económica del matrimonio sino que sobre todo mantienen a los tribunales al margen. Sin embargo, no es oro todo lo que reluce, y a pesar de su utilidad son pactos muy controvertidos. Aunque su admisibilidad es aceptada en muchos ordenamientos no obsta para que los tribunales cuando se tienen que enfrentar a este tipo de pactos deban reflexionar mucho sobre la validez de las cláusulas que el pacto incluye. Esto es así debido a la materia tan delicada que en estos pactos se trata. Todo ello se complica un poco más al aparecer un elemento extranjero, ya que, a la dificultad del análisis que conlleva el pacto se le añade la de determinar la ley aplicable a estos acuerdos.

**Palabras clave:** Acuerdo prematrimonial, Conflicto de leyes, Ley aplicable, Derecho inglés, Derecho Americano.

**Abstract:** The prenuptial agreements allow prospective spouses regulate financial and personal aspects about their marriage. These agreements are Anglo-Saxon tradition. They could be very useful in case of rupture because not only can regulate such controversial issues as the economic liquidation of marriage but also can keep to courts outside. However, all that glitters is not gold, despite its usefulness are controversial agreements. Although its admissibility is accepted in many systems it does not avoid the courts should think hard about the validity of their content. This is due to these agreements deal with a very delicate matter. This becomes more complicated when a foreign element appears.

**Keywords:** *Prenup*, prenuptial agreement, Conflicts of law, Applicable Law, English Law, American Law.

**Sumario:** I. Introducción. II. Los prenuptial agreements en Derecho comparado. 1. Los acuerdos prematrimoniales en EE.UU. A) Consideraciones generales. B) Los case law más relevantes: desde Posner v. Posner hasta Simeone v. Simeone. C) La regulación sobre prenups en EE.UU. a) Introducción. b) *Uniform Premarital Agreement Act 1983* y *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012*. c) *Principles of the Law of Family dissolution*. D) El régimen actual de los prenups en EE.UU. E) Consideraciones finales. 2. Los acuerdos prematrimoniales en Inglaterra. A) Aproximación inicial; B) La consideración de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés antes del asunto Radmacher vs. Granatino. C) El asunto Radmacher v. Granatino. a) Los hechos. b) El test a superar por un prenup para ser válido ante los tribunales ingleses. D) El estado de la cuestión tras Radmacher v. Granatino. E) Consideraciones finales. III. Los acuerdos prematrimoniales en Derecho material español. 1. Regulación legal del prenup en Derecho civil español. 2. La cabida legal de los prenups en el ordenamiento jurídico español. 3. Contenido de los acuerdos prematrimoniales. 5. Formalidades requeridas a un acuerdo prematrimonial. 6 Consideraciones finales. IV. La Ley aplicable a los acuerdos prematrimoniales en Derecho Internacional privado español. 1 Introducción. 2. La calificación del acuerdo prematrimonial.

## I. Introducción

1. Los acuerdos prematrimoniales también conocidos como *prenups* son acuerdos entre futuros cónyuges que pueden tener como fin regular tanto aspectos económicos como personales derivados de su unión matrimonial<sup>1</sup>. El objetivo de los acuerdos prematrimoniales puede ser triple: 1) Fijar el régimen económico matrimonial por el que se van a regir durante el matrimonio; 2) Evitar la intervención judicial en el reparto del patrimonio de los cónyuges una vez se produce la ruptura. De este modo, el *prenup* es un instrumento que puede servir para atribuir propiedades, renunciar a derechos como la pensión compensatoria o fijar el uso de la vivienda habitual; 3) Regular cuestiones personales e incluso relativas a hijos que todavía no han nacido. *Ad. ex.*, establecer régimen de visitas o cuestiones relativas a su educación.

2. Este tipo de acuerdos de origen anglosajón están en incipiente auge y cada vez menos se ve como una figura exótica relegada a personajes de Hollywood o ricos magnates que buscan proteger su fortuna de su futuro cónyuge. Algunas de las razones por las que los acuerdos prematrimoniales son cada vez más utilizado por el común de los mortales son: 1) *Matrimonios mixtos*. Los matrimonios donde los cónyuges no comparten la nacionalidad son muy frecuentes. Para este tipo de matrimonios el acuerdo prematrimonial es una vía excelente para fijar la Ley que va a regir los efectos del matrimonio, fijar el régimen económico matrimonial y así restar inseguridad a un posible divorcio internacional; 2) *Alto índice de divorcios*. España es un ejemplo de país donde existe un alto índice de divorcios<sup>2</sup>. Las parejas son cada vez más conscientes de que un *prenup* es una vía para mitigar los efectos de una ruptura. La previsión de sus efectos económicos de antemano puede ser una gran ventaja; 3) *Segundas y sucesivas nupcias*. La necesidad de un *prenup* tras un fracaso amoroso anterior puede ser imperiosa. Hijos de anteriores relaciones, ser socio de la empresa familiar, bienes que ha costado mucho esfuerzo conseguir, etc. son motivos que animan a futuros contrayentes a pensar en un acuerdo prematrimonial.

3. España no es un país donde haya existido una larga tradición respecto a la utilización de este tipo de acuerdos, a diferencia de lo que sucede en países como Inglaterra o EE.UU.<sup>3</sup>. El acuerdo prematrimonial es una figura que tiene su origen en los ordenamientos anglosajones. Una de las explicaciones se debe a la diferente concepción sobre la familia y el matrimonio que se ha tenido en estos países si se compara con los de la Europa continental. En estos últimos, la concepción patriarcal basada en ideas judeo cristianas tenía, y sigue teniendo, influencia en la forma de concebir la familia. En concreto esta concepción arraigada en la sociedad española hacía el matrimonio indisoluble y para toda la vida. Así, el divorcio hasta hace poco más de treinta años estaba prohibido, por lo que un *prenup* quizás no resultaba demasiado útil.

Actualmente, la concepción que se tiene sobre la familia es diferente. El concepto patriarcal de la familia se ha ido dejando atrás, lo que ha permitido nuevos modelos de familia<sup>4</sup>. El modelo tradicional de padre y madre convive con otros donde sólo hay un progenitor o en los que la pareja se forma por miembros del mismo sexo. Así, se puede decir que el modo actual de entender la familia ha hecho que existan cambios también en el modo de concebir las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Otro aspecto que ha tenido bastante importancia tanto en la forma de entender la familia como en las cuestio-

---

<sup>1</sup> *Vid.* entre otros sobre el término de acuerdo prematrimonial, L. AGUILAR RUIZ, “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, Aranzadi, 2014, pp. 107-108; B. CLARK, “Prenuptial contracts in English Law: capricious outcomes or legislative clarification”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 32, nº 3, September 2010, p. 239; M<sup>a</sup>. P. GARCÍA RUBIO, “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, *Anuario de Derecho civil*, IV, 2003, p. 1655; J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)”, *Boletín de Derecho de familia*, nº 81, julio 2008, p. 11; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 78 y ss.; A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*, Lex nova, Valladolid, 2009, p. 43.

<sup>2</sup> Estudio sobre los índices de divorcio por países <http://www.businessinsider.com/map-divorce-rates-around-the-world-2014-5> (consultado el 3 de diciembre de 2014).

<sup>3</sup> *Vid.* J. FERRER-RIBA, “Marital Agreements and Private Autonomy in Spain”, en J. M. SHERPE, *Marital agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2012, p. 360.

<sup>4</sup> Sobre como la nueva concepción sobre la familia influye en el régimen jurídico del matrimonio *vid.* C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 29 y ss.

nes patrimoniales de la misma ha sido la salida de la mujer al mercado laboral. Los ingresos propios con los que cuenta la mujer, su profesión y su dedicación no exclusiva a las tareas domésticas han ido provocando un cambio en los roles sociales clásicos que se habían asignado al matrimonio. En definitiva, el hombre, ya no es por regla general el único que aporta dinero a la familia. Este hecho es importante a la hora de concebir los regímenes económicos matrimoniales.

4. La utilización de este tipo de pactos implica que los tribunales españoles tengan que conocer de asuntos de derecho internacional privado de familia –divorcios, liquidación de regímenes económicos matrimoniales, reclamación de alimentos, etc.– en los que las partes habían firmado un *prenup*. Pero que se reconozca la posibilidad de pactar entre los cónyuges incluso antes del matrimonio no está exento de problemas, ya que, en cuestiones de familia especialmente cuando hay menores no es tan fácil determinar *a priori* la validez de un acuerdo prematrimonial con total rotundidad. Así, a un juez español que se le plantea la validez de un acuerdo prematrimonial entre Suizo y española firmado en Suiza dos meses antes de la celebración del matrimonio y que ahora deciden divorciarse tras diez años de casados se le podrían plantear cuestiones como qué formalidades deberían tener en cuenta las partes para llevar a cabo un *prenup*, cuán amplia es la autonomía de la voluntad de las partes o si se pueden acordar cuestiones relacionadas con los hijos como su educación, sus alimentos o régimen de visitas incluso antes de que estos hijos existan.

5. Para poder entrar a estas cuestiones de fondo lo primero que habría que determinarse es la Ley que va a regir este tipo de acuerdos. El tribunal español una vez determinada su competencia lo primero que debería hacer es determinar la ley aplicable al acuerdo prematrimonial, ya que ésta le permitirá saber si el pacto es válido o no y cómo influye en las pretensiones de las partes. Pero para eso será necesario que determine la norma de conflicto a aplicar al acuerdo prematrimonial.

6. El presente trabajo se va a dividir en tres partes. Esta estructura persigue proporcionar al lector una visión clara sobre la figura conocida como *prenups*. Para ello se estudiarán los ordenamientos de donde proceden o donde existe una mayor tradición en la realización de este tipo de pactos. Por tanto, la primera parte irá dirigida al análisis de los acuerdos prematrimoniales en Derecho comparado, en concreto, en Derecho americano o estadounidense y en Derecho inglés. La segunda parte consiste en el estudio de estos acuerdos en Derecho civil español. El análisis del Derecho interno nos permitirá determinar cuestiones como si los *prenups* están regulados o no en Derecho español, si existen figuras afines en caso de no contar con regulación expresa o el contenido que el Derecho español admite para este tipo de pactos. El estudio del Derecho civil español es crucial porque es lo que nos va a permitir calificar el acuerdo prematrimonial y así especificar la norma de conflicto aplicable en nuestro sistema de Derecho Internacional privado para estos pactos. Así, la tercera parte del trabajo, aunque más breve que las anteriores pero no por ello menos importante, ya que queda abierta a futuras investigaciones, se ocupará de determinar la ley aplicable al *prenup* cuando existen elementos extranjeros en la relación.

## II. Los *prenuptial agreements* en Derecho comparado

7. Si buscamos en Derecho comparado ordenamientos con una larga tradición en la regulación y aceptación de los acuerdos prematrimoniales puede ser que no encontremos ninguno. Estos acuerdos son relativamente recientes, tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law*<sup>5</sup>. Pero sí que es cierto que en este último sistema de Derecho, especialmente en Estados Unidos (en adelante, EE.UU.) sí que existe un mayor uso, y por tanto, de *Case Law* si se comparara con la Europa continental<sup>6</sup>. El *prenup* surge en las sociedades inglesas, concretamente en las familias adineradas de los siglos XVII y XVIII, con el fin de

<sup>5</sup> Para un mayor detalle sobre cómo funcionan los sistemas del *Common Law* a diferencia de los del *Civil Law* *vid.*, F. GALGANO, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1999, pp. 25-82.

<sup>6</sup> Una de las razones clave que justifican que en EE.UU. sea más común que los futuros cónyuges pacten es la concepción que han tenido sobre el matrimonio y el divorcio, *vid.* para un estudio de la evolución del matrimonio y el divorcio en EE.UU. C. BIEMILLER, “The uncertain enforceability of prenuptial agreements: Why the “extreme” approach in Pennsylvania is the right approach for review”, 6 *Drexel L. Review*, 133, 2013-2014, pp. 137 y ss.

proteger el patrimonio de la mujer<sup>7</sup>; patrimonio que generalmente había adquirido antes del matrimonio. Este tipo de acuerdos permitía a la mujer conservar y gestionar la titularidad de sus bienes, en definitiva, era una forma de compensar el diferente trato que la ley brindaba a hombres y a mujeres en aquella época. Hoy en día, el Derecho de igualdad entre los cónyuges ha paliado esta situación.

## 1. Los acuerdos prematrimoniales en EE.UU.

### A) Consideraciones generales

8. EE.UU. es una nación con un sistema plurilegislativo, no hay un único ordenamiento jurídico sino tantos como Estados federales. Así, podemos decir que en EE.UU. existen 51 ordenamientos jurídicos –los ordenamientos de cada uno de los Estados más el del Distrito de Columbia–. El Derecho de familia es una materia federal lo que implica que cada Estado puede regular dicha materia, y por tanto, que existan 51 regulaciones distintas. Sin embargo, no es así del todo, ya que, sin obviar matices, se puede decir que la regulación estadounidense respecto al Derecho de familia es similar entre Estados, *ad ex.*, el régimen económico matrimonial imperante es el de separación de bienes, salvo en tres Estados, California, Nuevo México y Louisiana<sup>8</sup>. Tres razones podrían sustentar la idea de que el derecho de familia en EE.UU. entre Estados guarda semejanzas importantes<sup>9</sup>: 1) *La fuerza unificadora de la constitución*. El Tribunal Supremo de EE.UU. mediante la interpretación de la constitución ha ido desarrollando un conjunto de principios comunes en los que se basa el sistema y que los legisladores federales tienen presente a la hora de legislar; 2) *El importante peso de determinadas asociaciones*. El Derecho de familia es un sector que se ha visto afectado por la presencia de importantes instituciones como la *American Law Institute* o la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* que promueven la creación de leyes lo más uniformes posible entre Estados; 3) *La influencia que ejercen determinados Estados sobre el resto*. En EE.UU. como en otros muchos Estados del mundo con una organización territorial semejante hay unos Estados que tienen mayor peso bien en lo político, económico, jurídico, etc., esto hace que tengan gran influencia sobre el resto y que marquen tendencia jurídica, así *ad ex.* se puede decir que los Estados de Massachussets, Nueva York, California, Florida y Texas son importantes fuentes de inspiración para el resto.

9. Los puntos comunes en Derecho de familia entre Estados va a influir, como es lógico, en el tratamiento legal que reciban los acuerdos prematrimoniales. Así, se podría decir que por regla general los acuerdos prematrimoniales se admiten en los 50 Estados<sup>10</sup>. A continuación, se expondrá una panorámica general de la regulación de estos acuerdos entre cónyuges en EE.UU.

### B) Los *case law* más relevantes: desde *Posner v. Posner* hasta *Simeone v. Simeone*

10. Si se habla de acuerdos prematrimoniales y EE.UU no es posible olvidarse del asunto *Posner v. Posner* del año 1972, ya que podría considerarse el primer caso en el que se admitió un pacto prematrimonial en previsión de ruptura<sup>11</sup>. Hasta esta fecha la regla general fue la inadmisión de los acuerdos prematrimoniales entre cónyuges en los que se preveían los efectos de una posible separación

<sup>7</sup> Vid. sobre la existencia de acuerdos prematrimoniales antes del siglo XX, L.A. ANGUITA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, *Estudios sobre validez e ineficacia*, nº 1, 2010, pp. 6 y ss. Disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806> (consultado el 9 de diciembre de 2014).

<sup>8</sup> Vid. I. MARK ELLMAN, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United State”, en J.M Sherpe, *Maritel Agreements and Private Autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2012, p. 405.

<sup>9</sup> Vid. L.A. ANGUITA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, *Estudios sobre validez e ineficacia*, nº 1, 2010, pp. 10-11. Disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806> (consultado el 9 de diciembre de 2014).

<sup>10</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimoquinta ed., Comares, Granada, p. 183.

<sup>11</sup> *Posner v. Posner*, 233 So. 2d . 381, [Fla,1970].

o divorcio. La razón que generalmente se solía aducir por los tribunales era que este tipo de pactos vulneraba el orden público por ir en contra de la institución del matrimonio<sup>12</sup>.

**11.** El asunto *Posner v. Posner* tuvo lugar ante el Tribunal Supremo del Estado de Florida, los hechos básicamente fueron los siguientes: pacto celebrado 14 días antes de contraer matrimonio en primeras nupcias, el Sr. Posner se comprometía al pago de una pensión de alimentos para su futura esposa e hijos –en el caso de que los hubiera–. Ambas partes habían recogido en el pacto la cantidad de 600 dólares mensuales para la esposa y de 600 dólares para cada hijo. Tras 6 años de matrimonio y dos hijos en común, el matrimonio se rompe haciendo la esposa valer el pacto. El Sr. Posner se niega a pagar dichas cantidades alegando la falta de obligatoriedad del acuerdo.

El Tribunal Supremo de Florida no llegó a la misma conclusión que el exesposo. Dos aspectos importantes a destacar respecto al razonamiento del tribunal: 1) *Vulneración del orden público*. El tribunal consideró que prever los efectos del divorcio no puede ser considerado contrario al orden público debido a que en dicha sociedad ya entonces el divorcio era muy habitual; 2) *Validez del pacto*. Los argumentos del tribunal para considerar válido el acuerdo fueron principalmente dos: el consentimiento válidamente prestado por ambas partes y la ausencia de cambio en las circunstancias. En base a una sentencia anterior del año 1962 –asunto *Vechio v. Vechio* que también versaba sobre la validez de un acuerdo prematrimonial pero no en previsión de ruptura si no en caso de fallecimiento– en la que se admitió la validez de un acuerdo prematrimonial, el Tribunal consideró que el pacto entre los Posner debía considerarse válido y vinculante debido a que el mismo se celebró con el consentimiento de ambas partes. Consentimiento emitido de forma libre y consciente de las implicaciones del pacto. El tribunal manifestó que únicamente el acuerdo se tendría por no vinculante el caso de que las circunstancias hubieran cambiado y esto provocara que el pacto fuera desproporcionado. Sin embargo, no sucedía tal cosa en dicho asunto, debido a que tras analizar el patrimonio de los cónyuges existente antes y después del matrimonio el tribunal llegó a la conclusión que no habían existido grandes cambios, y que por tanto, el marido debía cumplir con lo pactado. De esta forma el Tribunal Supremo de Florida abre la puerta a la validez de los acuerdos prematrimoniales en EE.UU., puesto que es a partir de ese momento cuando se empieza a considerar que los *prenups* no son contrarios al orden público.

**12.** Tras este asunto vinieron otros más que han permitido que se forje el tratamiento que hoy día reciben los *prenups* en los tribunales norteamericanos. En el asunto *In re Marriage of Dawley* que tuvo lugar en 1976 ante el Tribunal Supremo del Estado de California consideró que un acuerdo prematrimonial no puede declararse nulo en base a criterios subjetivos de la partes<sup>13</sup>. Es decir, que las partes considerasen que su matrimonio no iba a durar para siempre en el momento de la firma del acuerdo no significa que el acuerdo sea nulo por vulnerar el orden público debido a que con ese “sentir” se estaba fomentando la separación o el divorcio<sup>14</sup>. La validez del acuerdo sólo es posible verificarla conforme a criterios objetivos, *ad ex.*, si existió o no consentimiento o si este estaba viciado. En palabras del tri-

<sup>12</sup> Entre muchas *vid. Norris v. Norris*, 174 N.W.2d 368 (Iowa 1970); *Crouch v. Crouch*, 53 Tenn. App. 594 (1964); *Fricke v. Fricke*, 257 Wis. 124 (1950); *Fox v. Davis*, 113 Mass. 255, 257-258 (1873).

<sup>13</sup> *In re Marriage of Dawley*, 17 Cal.3d 342 [1976, Cal].

<sup>14</sup> Los hechos de este caso son curiosos, la Sra. Betty Johnson, maestra y el Sr. James Dawley, ingeniero de profesión mantienen una relación sentimental de varios años. Esta relación se acaba pero al poco tiempo la Sra. Johnson descubre que está embarazada. Ante esta situación, ambos deciden contraer matrimonio para evitar dañar sus carreras profesionales y la presión social de tener un hijo fuera del matrimonio. Los futuros cónyuges son conscientes de sus desavenencias, y por ello, recogen en un *prenup* dos cuestiones claves: 1) el Sr. Dawley se comprometía durante 14 meses a mantener a la Sra. Johnson, al futuro hijo común y a la hija de la Sra. Johnson fruto de una relación anterior. El fin de este período coincidía con la reincorporación de la Sra. Johnson a su trabajo después de haber tenido a su hijo; 2) Estricta separación de bienes. Ambos cónyuges pactan mantener los patrimonios separados durante el matrimonio excluyendo expresamente el régimen de comunidad de bienes que operaba en California. A pesar de las pésimas expectativas iniciales, el matrimonio acaba a los siete años de firmar el acuerdo. La esposa impugna el pacto por considerarlo nulo. Su fin era que el régimen de separación de bienes recogido en el acuerdo no fuera tenido en cuenta y así aplicar en su lugar el de comunidad de bienes, que era el régimen supletorio en California en aquel momento.

bunal, si se atendieran a ese tipo de consideraciones subjetivas ningún acuerdo prematrimonial podría sobrevivir tras la ruptura<sup>15</sup>.

**13.** Otro asunto a destacar donde se trata otro aspecto importante respecto a la regulación de los *prenups* es el de *Osborne v. Osborne*<sup>16</sup>. Aquí uno de los ejes centrales del acuerdo pivota en torno a la renuncia de derechos patrimoniales que pudieran surgir tras una ruptura futura. En este caso dos jóvenes que se conocen en la facultad de medicina deciden contraer matrimonio después de unos años de noviazgo. Él es un médico con expectativas de una buena carrera profesional pero sin patrimonio relevante, ella, sin embargo, es una rica heredera cuya familia tenía un patrimonio valorado en 17.000.000 de dólares. A pocas horas del enlace ambos firman un acuerdo prematrimonial donde establecen separación de bienes y renuncian a cualquier pensión de alimentos que pudieran corresponderle tras el divorcio. Durante el matrimonio, la Sra. Osborne pagó diferentes propiedades con dinero que procedía de un fondo otorgado por su familia. Tras la ruptura, el Sr. Osborne considera que el pacto es nulo debido a que se firmó bajo presión a unas pocas horas del enlace, y por tanto, que tendría también derecho sobre las propiedades adquiridas durante el matrimonio. El tribunal lo tuvo claro. Así, consideró que las partes podían establecer mediante un acuerdo prematrimonial la cuantía de los alimentos o fijar el reparto de bienes adquiridos durante el matrimonio de forma diferente a como se establece en la ley. Este reparto debía cumplir un requisito: ser equitativo en dos momentos, tanto en el momento de la firma del pacto como en el momento de hacerlo valer<sup>17</sup>. En el caso de que las circunstancias hubieran cambiado e implicara que dicho reparto no era equitativo, el tribunal podría modificar lo pactado por las partes<sup>18</sup>. De este modo, el Tribunal Supremo de Massachusset entendió que el acuerdo no había sido celebrado bajo coacción y que al Sr. Osborne no le correspondía ninguna de las propiedades adquiridas durante el matrimonio. Lo primero debido a que la pareja antes del enlace había mantenido diferentes conversaciones sobre el acuerdo, por lo tanto, él era consciente de lo que firmaba. Lo segundo, todas las propiedades se pagaron con dinero de la esposa, él nunca aportó ninguna cantidad para adquirirlas, y en ningún caso, pudo justificar que hubieran sido regaladas por la esposa<sup>19</sup>.

**14.** Un asunto a reseñar que ha sido citado en numerosos asuntos posteriores es *Scherer v. Scherer*<sup>20</sup>. Este caso fue resuelto por el Tribunal Supremo del Estado de Georgia en 1982. La fama de este asunto es debido a que el tribunal analiza una serie de factores para considerar si el acuerdo prematrimonial es válido o no lo es. Es decir, en base a resoluciones anteriores sobre la materia que han tenido lugar en diferentes tribunales de distintos Estados se llega a un “test” que el *prenup* debe superar para ser considerado válido. Este test o examen a superar por el *prenup* consiste en analizar tres aspectos<sup>21</sup>: 1) El acuerdo debe haberse formado bajo un consentimiento válido y libre emitido por ambas partes. Así,

<sup>15</sup> “A rule measuring the validity of antenuptial agreements by the subjective contemplation of the parties hazards the validity of all antenuptial agreements. No agreement would be safe against the risk that a spouse might later testify that he or she anticipated a marriage of short duration when he or she executed the agreement. Disputes concerning the validity of the agreement may arise” [In re Marriage of Dawley, 17 Cal.3d 352].

<sup>16</sup> *Osborne v. Osborne*, 384, 591 1981 (Mass. 1981). Vid. P.M.DONNA, “Antenuptial Contracts Governing Alimony or Property Rights Upon Divorce: *Osborne v. Osborne*”, *Boston College Law Review*, vol. 24, 469, 1983.

<sup>17</sup> *Osborne v. Osborne*, 384 (Mass.1981), p. 599.

<sup>18</sup> El mismo tribunal pone ejemplos de cuándo se considera que las circunstancias han cambiado, así señala: “where it is determined that one spouse is or will become a public charge, or where a provision affecting the right of custody of a minor child is not in the best interests of the child” [*Osborne v. Osborne*, 384 Mass., p. 599].

<sup>19</sup> *Osborne v. Osborne*, 384 (Mass. 1981), pp. 601-605.

<sup>20</sup> *Scherer v. Scherer*, 249 GA. 635, 292 S.E.2d 662 (1982). Entre los asuntos recientes resueltos por el Tribunal Supremo de Georgia en los que se decide conforme “el test Scherer” vid. *Mallen v. Mallen*, 622 S.E.2d 812 (2005); *Cobertt v. Cobertt*, 628 S.E.2d 585 (2006); *Blige v. Blige*, 283 GA 65 (2008); *Dove v. Dove*, S09A0197, S09X0198 (2009), *Quarles v. Quarles*, S09A0928 (2009).

<sup>21</sup> *Scherer v. Scherer*, 249 GA. p. 640, apartado 3, “In those jurisdictions which have begun enforcing antenuptial agreements in contemplation of divorce, it has been held that such contracts, as others, should not be given carte-blanche enforcement. Rather, the cases hold that the trial judge should employ basically three criteria in determining whether to enforce such an agreement in a particular case: (1) was the agreement obtained through fraud, duress or mistake, or through misrepresentation or nondisclosure of material facts? (2) is the agreement unconscionable? (3) Have the facts and circumstances changed since the agreement was executed, so as to make its enforcement unfair and unreasonable? (...)”

el error, fraude o la coacción impiden que el acuerdo sea válido y vinculante; 2) El acuerdo no debe ser desproporcionado. El tribunal no precisa nada más, ni qué se debe entender por “*unconsciable*” ni en qué momento debe apreciarse, si en el de celebración, en el momento de hacerlo valer o en ambos; 3) El acuerdo no puede devenir en injusto debido a que las circunstancias o hechos de los cónyuges han cambiado tan considerablemente como para llegar a tal extremo. En este caso en concreto, en base al test señalado, la *Court Supreme* del Estado de Georgia dio la razón a la esposa que era la que pretendía que el pacto fuera vinculante.

15. Por último, el asunto *Simeone v. Simeone*<sup>22</sup>. Este es un asunto a destacar debido a que ha fijado una corriente propia, apartada del tratamiento general que han recibido los *prenups* en USA. Es más, el actual *Divorce Code* del Estado de Pensilvania recoge la visión establecida en *Simeone v. Simeone* sobre los acuerdos prematrimoniales<sup>23</sup>. El Tribunal Supremo de Pensilvania consideró que las partes tienen total libertad para regular los efectos de su ruptura como mejor consideren sin que sean de aplicación los mecanismos de protección utilizados en el Derecho de familia. Los acuerdos prematrimoniales son considerados un tipo más de contratos.

Los hechos que dan lugar a este caso podrían resumirse en lo siguiente: el Sr. Simeone, cirujano de 39 años, firma con su prometida, enfermera desempleada de 23 años un acuerdo prematrimonial la noche antes del enlace. Él sí cuenta con asesoramiento legal, de hecho su abogado estaba presente en el momento de la firma, pero ella no. El acuerdo prematrimonial recoge una pensión de alimentos a favor de la futura esposa de 200 dólares semanales hasta un máximo de 25.000 dólares. Tras siete años, el matrimonio hace aguas y deciden separarse. Desde ese momento hasta que se interpone la demanda de divorcio, el Sr. Simeone cumple el pacto y paga a su exmujer la pensión acordada. Tras dos años separados, la Sra. Simeone inicia un procedimiento de divorcio en el que solicita *alimony pendente lite*, a lo cual había renunciado en el *prenup*. La *Supreme Court of Pennsylvania* lo tiene claro, el acuerdo es válido y por lo tanto ejecutable<sup>24</sup>. El argumento de la esposa para hacer nulo el acuerdo –no haber recibido asesoramiento legal– no es admitido debido a que el tribunal considera que el acuerdo prematrimonial es un contrato. De este modo, supeditar la validez de un acuerdo prematrimonial a tal requisito iría en contra de los principios sobre los que descansa el Derecho de los contratos<sup>25</sup>.

El razonamiento anti-paternalista del tribunal, en base al cual los cónyuges son completamente iguales, dejando atrás la consideración de que la mujer es más débil que el hombre. Este parecer ha sido seguido en numerosas ocasiones posteriores a la sentencia como argumento a favor de la libertad de pacto y sin cortapisas en los acuerdos entre cónyuges<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pa,1990).

<sup>23</sup> 23 PA. CONS. STAT. ANN 3106(West 2012).

<sup>24</sup> *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pennsylvania,1990), p. 400.

<sup>25</sup> *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pennsylvania,1990), p. 401.

<sup>26</sup> “*There is no longer validity in the implicit presumption that supplied the basis for Geyer and similar earlier decisions. Such decisions rested upon a belief that spouses are of unequal status and that women are not knowledgeable enough to understand the nature of contracts that they enter. Society has advanced, however, to the point where women are no longer regarded as the “weaker” party in marriage, or in society generally. Indeed, the stereotype that women serve as homemakers while men work as breadwinners is no longer viable. Quite often today both spouses are income earners. Nor is there viability in the presumption that women are uninformed, uneducated, and readily subjected to unfair advantage in marital agreements. Indeed, women nowadays quite often have substantial education, financial awareness, income, and assets. Accordingly, the law has advanced to recognize the equal status of men and women in our society. See, e.g., Pa. Const. art. 1, § 28 (constitutional prohibition of sex discrimination in laws of the Commonwealth). Paternalistic presumptions and protections that arose to shelter women from the inferiorities and incapacities which they were perceived as having in earlier times have, appropriately, been discarded. See Geyer, 516 Pa. at 509-14, 533 A.2d at 431-33 (dissenting opinion of Mr. Chief Justice Nix setting forth detailed history of case law evidencing a shift away from the former paternalistic approach of protecting women towards a newer approach of equal treatment). It would be inconsistent, therefore, to perpetuate the standards governing prenuptial agreements that were described in Geyer and similar decisions, as these reflected a paternalistic approach that is now insupportable. Further, Geyer and its predecessors embodied substantial departures from traditional rules of contract law, to the extent that they allowed consideration of the knowledge of the contracting parties and reasonableness of their bargain as factors governing whether to uphold an agreement. Traditional principles of contract law provide perfectly adequate remedies where contracts are procured through fraud, misrepresentation, or duress. Consideration of other factors, such as the knowledge of the parties and the reasonableness of their bargain, is inappropriate. See Geyer, 516 Pa. at 516-17, 533 A.2d at 434-35 (Flaherty, J. dis-*

16. En definitiva, en esta primera época los acuerdos prematrimoniales ya dejan de ser considerados contrarios al orden público por fomentar las rupturas matrimoniales. Las separaciones o divorcios entre los años 70 y los 80 eran una realidad social de la que los jueces eran conscientes. Por tanto, permitir un acuerdo antes del matrimonio para regular los efectos de una posible ruptura no debería ser prohibido *per se*, ya que la institución del matrimonio no tiene por qué verse negativamente afectada.

### C) La regulación sobre *prenups* en EE.UU.

#### a) Introducción

17. Las sentencias de los Estados que se han señalado influyeron en decisiones posteriores. Dichas decisiones judiciales fijaron un precedente a favor de la validez de los acuerdos entre cónyuges. Sin embargo, en aquella época todavía había mucho camino por recorrer. Los criterios para admitir los acuerdos prematrimoniales no eran unánimes, especialmente en lo referido entre Estados. Así las cosas, todavía seguía existiendo mucha incertidumbre sobre la validez de los acuerdos celebrados antes del matrimonio. Con el fin de paliar dicha situación surge la *Uniform Premarital Agreements Act* en el año 1983<sup>27</sup>. Este texto vino de la mano de la *Uniform Law Commission* también conocida como *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. El objetivo de esta norma era unificar el régimen jurídico de los acuerdos prematrimoniales en los diferentes Estados. Sin embargo, el éxito del proyecto ha sido relativo, puesto que lo adoptaron 26 Estados de 50, algunos de ellos lo adoptaron con modificaciones en atención a su derecho de familia y además el alcance del texto era bastante limitado debido a que sólo se refería a los acuerdos celebrados antes del matrimonio, no incluía ni los acuerdos postnupciales, ni los de separación y mucho menos los que se celebraban entre parejas de hecho.<sup>28</sup>

18. En el año 2012, después de casi 30 años desde el *Uniform Premarital Agreements Act*, la *Uniform Law Commission* ha publicado otro texto sobre acuerdos entre cónyuges denominado *Uniform Premarital and Marital Agreements Act*<sup>29</sup>. La justificación del cambio radica en aportar una mayor seguridad jurídica a la materia. El tratamiento de los acuerdos entre cónyuges varía de Estado en Estado. Hay en algunos donde no ha habido apenas casos y otros en los que ha habido muchos. Aún así, sostienen que hasta incluso donde ha habido asuntos sobre estos temas, las decisiones de los tribunales no han sido unánimes. Esta situación crea incertidumbre especialmente cuando las parejas se trasladan de unos Estados a otro. Este texto actualmente adoptado por 3 Estados –Dakota del Norte, Colorado, Mississippi– más el Distrito de Columbia surge con el fin de adaptar el texto anterior del año 1983 a los tiempos actuales, y así, dotar a los acuerdos celebrados antes y después del matrimonio de un mismo régimen jurídico<sup>30</sup>.

---

*senting*). *Prenuptial agreements are contracts, and, as such, should be evaluated under the same criteria as are applicable to other types of contracts. See Geyer, 516 Pa. at 508, 533 A.2d at 431 (“These agreements are nothing more than contracts and should be treated as such.” (Nix, C.J. dissenting)). Absent fraud, misrepresentation, or duress, spouses should be bound by the terms of their agreements”, Simeone v. Simeone, 581 A.2d 162 (Pa, 1990), pp. 399 y 340.*

<sup>27</sup> Disponible en la webpage de la *Uniform Law Commission*, [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/premarital%20agreement/upaa\\_final\\_83.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/premarital%20agreement/upaa_final_83.pdf) (consultado el 16 de diciembre de 2014).

<sup>28</sup> Sobre el alcance limitado del *Uniform Premarital Agreements Act* 1983 y como los Estados lo han ido adoptando con variaciones *Vid.* A. CURRY, Comment, “The Uniform Premarital Agreement Act and Its Variations throughout the States,” 23 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 355 (2010), disponible en [http://www.aaml.org/sites/default/files/MAT206\\_3.pdf](http://www.aaml.org/sites/default/files/MAT206_3.pdf) (consultado el 16 de diciembre de 2014).

<sup>29</sup> Disponible en la webpage de la *Uniform Law Commission*, [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/premarital%20and%20marital%20agreements/2012\\_pmaa\\_final.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/premarital%20and%20marital%20agreements/2012_pmaa_final.pdf) (consultado el 16 de diciembre de 2014).

<sup>30</sup> La *Uniform Law Commission* en el título preliminar del *Uniform Premarital Agreements Act* 2012 señala que “*The general approach of this act is that parties should be free, within broad limits, to choose the financial terms of their marriage. The limits are those of due process in formation, on the one hand, and certain minimal standards of substantive fairness, on the other (...). This act chooses to treat premarital agreements and marital agreements under the same set of principles and requirements. A number of states currently treat premarital agreements and marital agreements under different legal standards, with higher burdens on those who wish to enforce marital agreements (...)*”.



19. Junto con los textos mencionados anteriormente es necesario destacar otro texto de gran influencia para los juristas norteamericanos en el Derecho de familia, este se conoce como *Principles of the Law of Family dissolution* del año 2002. El capítulo séptimo es el que se ocupa de los acuerdos entre cónyuges. A continuación se detallará la regulación que realiza cada uno de estas normas respecto a los acuerdos prematrimoniales.

#### b) *Uniform Premarital Agreement Act 1983 y Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012*

20. Como ya se ha señalado la *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012* es una renovación del texto del año 1983. Por ese motivo, se va a estudiar la regulación del texto del año 2012 haciendo únicamente mención al texto de 1983 en relación a los aspectos en los que se diferencian.

21. Una diferencia a destacar es que el ámbito de aplicación se amplía con el texto de 2012. Este resulta aplicable no sólo a acuerdos prematrimoniales sino también a postnupciales, a diferencia del de 1983 que únicamente iba dirigido a acuerdos prematrimoniales<sup>31</sup>. Sin embargo, quedan fuera los acuerdos de separación y los acuerdos entre convivientes o parejas de hecho<sup>32</sup>.

22. El régimen para los *prenups* que recoge el *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012* se podría resumir en dos importantes aspectos: 1) Requisitos para su validez; 2) Contenido.

1) *Requisitos para su validez*. El acuerdo debe firmarse por ambas partes y recogerse en un soporte que permita inscribirlo en un medio tangible o almacenarlo en un soporte electrónico o en cualquier otro medio que permita acceder a él. En el *Uniform Premarital Agreement Act 1983* se exigía la forma escrita. En el texto actual, es válida cualquier forma, escrita u oral, ambas están permitidas, lo importante es que el acuerdo quede recogido fehacientemente en un medio que permita comprobar su existencia. Actualmente, en la práctica totalidad de los Estados se exige que el acuerdo prematrimonial se realice por escrito, *ad ex.* el Estado de California<sup>33</sup>.

La *Section 9* del *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012* recoge una serie de criterios que son necesarios para que el acuerdo pueda ser eficaz entre las partes. Entre ellos se podrían destacar los siguientes: *a)* el consentimiento debe ser libre, no obtenido mediante coacción; *b)* las partes deben haber sido asesoradas de forma independiente<sup>34</sup>; *c)* se puede renunciar a derechos que por ley corresponden a los cónyuges, pero en ese caso, es necesario diferenciar dos supuestos: 1) que la renuncia se realice contando con un asesoramiento legal independiente al momento de la firma del acuerdo; 2) que si la renuncia se realiza sin haber contado con asesoramiento legal, se recoja claramente en el acuerdo a qué se está renunciando; *d)* cada parte debe haber sido informada del patrimonio del otro antes de la firma del acuerdo<sup>35</sup>; *e)* es posible renunciar a la pensión de alimentos salvo que dicha renuncia provoque que uno de los cónyuges quede en tal situación económica que tenga que intervenir el Estado para ayudarle a subsistir. En líneas generales los requisitos exigidos para que el acuerdo puede ser válido son muy semejantes a lo establecido en el texto de 1983, excepto en un aspecto. El nuevo texto incluye la *Second Look*

<sup>31</sup> Sección 2 del *Uniform Premarital Agreement Act 1983*.

<sup>32</sup> El legislador en el comentario a la Sección 2 explica la naturaleza diferente entre los *marital agreements* y los *separation agreements* y cómo afecta la misma en su *enforcement*.

<sup>33</sup> Family Code, Section 1611, "*A premarital agreement shall be in writing and signed by both parties. It is enforceable without consideration*".

<sup>34</sup> La *Section 9*, letra b establece cuándo se considera que ha habido asesoramiento legal independiente. Textualmente señala que "*A party has access to independent legal representation if: (1) before signing a premarital or marital agreement, the party has a reasonable time to: (A) decide whether to retain a lawyer to provide independent legal representation; and (B) locate a lawyer to provide independent legal representation, obtain the lawyer's advice, and consider the advice provided; and (2) the other party is represented by a lawyer and the party has the financial ability to retain a lawyer or the other party agrees to pay the reasonable fees and expenses of independent legal representation*".

<sup>35</sup> La *Section 9*, letra d señala que se considera que ha existido información sobre el patrimonio de la otra parte si: "*(1) receives a reasonably accurate description and good-faith estimate of value of the property, liabilities, and income of the other party; (2) expressly waives, in a separate signed record, the right to financial disclosure beyond the disclosure provided; or (3) has adequate knowledge or a reasonable basis for having adequate knowledge of the information described in paragraph (1)*".

*doctrine*, es decir, se va a controlar que el acuerdo no sea desproporcionado ni momento de la firma ni en el momento de hacerlo valer<sup>36</sup>. Esta doctrina está muy extendida en el Derecho de familia norteamericano, ya que permite evitar situaciones injustas como consecuencia del cambio de circunstancias con el paso del tiempo<sup>37</sup>. La propia naturaleza de este tipo de acuerdos –regular los efectos de una futura ruptura de acuerdo a las circunstancias o condiciones actuales– puede dar lugar a que las circunstancias bajo las que se pactaron hayan cambiado y que los términos del pacto se conviertan en injustos o desproporcionadas pasados una serie de años. Esta preocupación por los efectos del acuerdo en las partes en el momento de ejecutarlo también la comparten los jueces ingleses como podremos observar más adelante.

2) *Contenido*. El *Uniform Premarital Agreement* 1983 recogía en la *Section 3* un contenido mínimo u orientativo sobre lo que podía versar el acuerdo, no era lista *numerus clausus*<sup>38</sup>. Sin embargo, el texto de 2012, a diferencia de su antecesor, no recoge una lista de materias a incluir en el *prenup*, sino que señala en la *Section 10* una serie de contenido o cláusulas que de incluirse en el acuerdo serían inejecutables. Este tipo de cláusulas no son vinculantes bien porque perjudican a los hijos, o porque penalizan a una de las partes por solicitar antes los tribunales la separación o el divorcio, o por restringir alguna de las compensaciones o remedios que la ley del Estado establece en los casos de violencia de género. Además, en esa misma *section* señala que los aspectos que las partes fijen en el acuerdo sobre los derechos y deberes respecto a la custodia de los hijos no son vinculantes para el tribunal. Por lo tanto, en base *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* 2012 los cónyuges tienen total libertad para estipular tanto las cuestiones personales como patrimoniales que consideren oportunas, siempre como límite el orden público y el no perjuicio de los hijos.

### c) *Principles of the Law of Family dissolution*

23. Los *Principles of the Law of Family dissolution* (en adelante, *PFD*) es un texto publicado en el año 2002 por el *American Law Institute*. Este texto ha presentado una gran influencia en los juristas estadounidenses, ya que se puede decir que en sus más de 1000 páginas se recogen los aspectos más significativos o importantes del Derecho de familia en EE.UU.<sup>39</sup>.

24. El capítulo siete es el que se ocupa de los acuerdos entre cónyuges. Este capítulo regula no sólo los acuerdos prematrimoniales y postmatrimoniales sino también los de separación y divorcio además de los acuerdos entre convivientes. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de los *PFD* es mayor que el del *Uniform Premarital Agreement Act* 1983 y del *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* 2012. En definitiva, el capítulo siete de los *PFD* busca dar respuesta a cuestiones sobre el tratamiento de los acuerdos entre cónyuges que el *Uniform Premarital Agreement Act* 1983 no respondía, *ad ex*. número de días previos necesarios para celebrar el acuerdo antes del enlace o la equiparación en el tratamiento de los acuerdos entre parejas de hecho con los acuerdos entre cónyuges.

<sup>36</sup> Respecto a la *Second Look Review* *vid.*, I. MARK ELLMAN, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United State”, en J.M SHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2012, pp. 427-429.

<sup>37</sup> Section 9, letra f, “A court may refuse to enforce a term of a premarital agreement or marital agreement if, in the context of the agreement taken as a whole: (1) the term was unconscionable at the time of signing; or (2) enforcement of the term would result in substantial hardship for a party because of a material change in circumstances arising after the agreement was signed.”

<sup>38</sup> “(a) Parties to a premarital agreement may contract with respect to: (1) the rights and obligations of each of the parties in any of the property of either or both of them whenever and wherever acquired or located; (2) the right to buy, sell, use, transfer, exchange, abandon, lease, consume, expend, assign, create a security interest in, mortgage, encumber, dispose of, or otherwise manage and control property; (3) the disposition of property upon separation, marital dissolution, death, or the occurrence or nonoccurrence of any other event; (4) the modification or elimination of spousal support; (5) the making of a will, trust, or other arrangement to carry out the provisions of the agreement; (6) the ownership rights in and disposition of the death benefit from a life insurance policy; (7) the choice of law governing the construction of the agreement; and (8) any other matter, including their personal rights and obligations, not in violation of public policy or a statute imposing a criminal penalty. (b) The right of a child to support may not be adversely affected by a premarital agreement”.

<sup>39</sup> *Vid.* M. R. CLISHAM/R. FRETWELL WILSON, “American Law Institute’s Principles of the Law of Family Dissolution, Eight Years After Adoption: Guiding principles or Obligatory Footnote”, *Family Law Quarterly*, volume 42, nº 3, 2008, pp. 573- 575.

25. El apartado 7.01 y 7.02 de los *PDF* dejan entrever la naturaleza que los acuerdos prematrimoniales tienen en el ordenamiento jurídico estadounidense. Estos acuerdos son contratos mediante los cuales los cónyuges o parejas asimilables pueden fijar derechos y obligaciones entre ellos de forma diferente a lo que la ley establece<sup>40</sup>. Sin embargo, el acuerdo prematrimonial no es un contrato cualquiera y así se refleja en los apartados siguientes de los *PDF* con los aspectos que regula<sup>41</sup>. De éstos, merecen especial atención dos aspectos que de hecho actualmente tienen bastante influencia en la validez de un acuerdo prematrimonial ante tribunales norteamericanos:

1) *Consentimiento libre e informado*. El apartado 7.04 recoge que la parte que quiere hacer valer el acuerdo es la que debe probar que el consentimiento emitido por la otra parte fue informado y obtenido sin coacción. El propio texto recoge una serie de requisitos que permiten presumir si se cumplen que el consentimiento fue libre e informado<sup>42</sup>. El hecho de que se invierta la carga de la prueba y sea la parte que pretenda hacer efectivo el pacto la que deba probar la validez del consentimiento permite afirmar que el régimen jurídico de los *prenups* no es el mismo que el de cualquier contrato<sup>43</sup>. Para los *PDF* en este tipo de acuerdos la libertad de pacto está acotada, no es sin límites, como se sostuvo en el asunto *Simeone v. Simeone*<sup>44</sup>.

2) *Injusticia sustancial*. Un acuerdo prematrimonial no va a poder ser vinculante si presenta una “injusticia sustancial” para alguno de los cónyuges al momento de hacerlo valer. En definitiva, esto es la *Second Look doctrine* que señalábamos en los *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012*<sup>45</sup>. Los propios *PDF* establecen quién debe probar que el pacto provoca tal injusticia y qué criterios podrían demostrarlo. Así, en el apartado 7.05 número dos se señalan tres aspectos que de tener lugar y ser probadas por la parte que impugna la validez del acuerdo podrían indicar al juez que el pacto o alguna de sus cláusulas provoca resultados injustos. Estos son los siguientes: a) *transcurso de una serie de años desde el acuerdo*. Esto es una realidad, a mayor número de años, más posibilidades de que las circunstancias de los cónyuges cambien. Pero, sin embargo también, hay que tener en cuenta que en sí mismo el paso de los años no implica que el pacto se haya convertido en injusto para una de las partes<sup>46</sup>; b) *la existencia*

<sup>40</sup> El apartado 7.01 define acuerdo prematrimonial como “*an agreement between parties contemplating marriage that alters or confirms the legal rights and obligations that would otherwise arise under these Principles or other law governing marital dissolution*”. El apartado 7.02 señala que el objetivo del capítulo siete es: “*The objective of this Chapter is to allow spouses, those planning to marry, and those who are or plan to become domestic partners, to accommodate their particular needs and circumstances by contractually altering or confirming the legal rights and obligations that would otherwise arise under these Principles, or other law governing marital dissolution, subject to constraints that recognize both competing policy concerns and limitations in the capacity of parties to appreciate adequately, at the time of the agreement, the impact of its terms under different circumstances*”.

<sup>41</sup> El comentario d. al apartado 7.01 de los *PDF* señala sobre la naturaleza de los acuerdos entre cónyuges lo siguiente: “*A premarital or marital agreement is a contract, and must therefore satisfy the applicable requirements of contract law. A comprehensive statement of contract principle is, however, beyond the scope of this Chapter. Its subject is instead those additional principles required by the special nature of the contracts to which the Chapter applies*”.

<sup>42</sup> Los requisitos que señala el apartado 7.04 son: 1) Celebración del acuerdo al menos 30 días antes del matrimonio; 2) La posibilidad de haber recibido asesoramiento jurídico independiente; 3) y en el supuesto de no haberlo recibido que el acuerdo esté redactado de tal forma que permita comprender a un adulto de inteligencia normal a qué derechos está renunciando con el acuerdo y las consecuencias perjudiciales que podría implicar. Además, en el caso de que se limite o se renuncie a los pagos compensatorios o se pacte un régimen diferente al de comunidad de bienes se exige que se informe al otro cónyuge del patrimonio existente al momento de la firma del acuerdo. El mismo apartado 7.04 señala que se considera que el otro cónyuge ha sido informado cuando antes de firmar el acuerdo se le presenta una lista escrita precisando los activos más importantes y su valor en ese momento, los ingresos anuales de los tres años anteriores y la información de cualquier adquisición futura o cambio en los ingresos.

<sup>43</sup> *Vid.* en este sentido, L.A. ANGUIA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, *Estudios sobre validez e ineficacia*, n° 1, 2010, pp. 6 y ss. Disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806> (consultado el 13 de enero de 2014), pp. 27-28.

<sup>44</sup> *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pennsylvania, 1990).

<sup>45</sup> El *Uniform Premarital Agreement Act 1983* no tenía en cuenta el cambio de circunstancias y los efectos que provocaban en los cónyuges, en la renovación de 2012 y siguiendo a los *PDF*, se ha incluido este extremo tal y como se ha señalado previamente.

<sup>46</sup> *Vid.* L. A. ANGUIA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, *Estudios sobre validez e ineficacia*, n° 1, 2010, pp. 6 y ss. Disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806> (consultado el 13 de enero de 2014), p. 29.

*de hijos comunes*. Que el pacto no prevea la existencia de hijos es considerada en los *PFD* un indicio de injusticia sustancial. Esta previsión no tiene quizás demasiado sentido cuando las cuestiones relativas a los hijos son consideradas de orden público. Ningún acuerdo que perjudique a los hijos comunes va a poder sobrevivir, pero no tanto porque las circunstancias desde el momento de la firma al momento de hacerlo valer han cambiado sino por la materia tan delicada sobre la que se está pactando; *c) situaciones imprevistas*. El cambio de circunstancias desde la firma del acuerdo hace que la ejecución del pacto provoque resultados injustos respecto a uno de los cónyuges o los hijos en el momento de hacerlo valer. Los hechos que han sucedido y no se han previsto en el acuerdo han podido ser positivos o negativos –la ruina económica de uno de los cónyuges, una enfermedad que impide trabajar, ganar un importante premio en la lotería, etc.–, lo relevante es que dichos hechos, muy diferentes a los que motivaron el acuerdo, provocan que el acuerdo o alguna de sus cláusulas sean injustas.

#### D) El régimen actual de los *prenups* en EE.UU.

26. Los textos analizados posteriormente –*Uniform Premarital Agreement 1983, Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012 y Principles of the Law of Family Dissolution*– aunque diferentes entre sí, han permitido perfilar el régimen general de los acuerdos prematrimoniales en EE.UU. De este modo, podríamos decir que la regla general es que este tipo de pacto son totalmente lícitos en los 50 Estados, ya que la consideración de ser contrarios al orden público por atentar contra el matrimonio se dejó atrás hace más de 30 años. Sin embargo, sí que es cierto, que aunque se consideren válidos, su régimen no es el de cualquier contrato, sino que tienen un régimen especial adaptado a sus particularidades<sup>47</sup>. Particularidades como la relación de las partes entre sí –futuros cónyuges– o la materia objeto de los *prenups* –régimen económico matrimonial, cuestiones relativas a hijos, renuncia de derechos, etc.–. Esta ha sido la visión tradicional y que actualmente siguen la mayoría de los Estados. Frente a esta visión, existe otra mucho menos garante de las partes. Esta posición fue reflejada en el asunto *Simeone v. Simeone*, que considera que los acuerdos prematrimoniales no deben considerarse contratos especiales, y que por tanto, su régimen debe ser el aplicable a cualquier contrato<sup>48</sup>.

27. Así, el régimen jurídico actual de los acuerdos prematrimoniales se podría decir que oscila entre la visión tradicional –los *prenups* deben regirse por un régimen diferente a los contratos civiles o mercantiles– y una visión nueva, menos garantista con las partes –los *prenups* deben ajustarse al régimen general de los contratos sin más peculiaridades que la que concierne a la necesidad de informar a la otra parte sobre el patrimonio–<sup>49</sup>. Se podría decir que el *Uniform Premarital Agreement 1983* está más cerca de esta última visión, mientras que los *PFD* más cerca de la visión tradicional<sup>50</sup>. De este modo, el régimen que los tribunales han venido aplicando a los acuerdos prematrimoniales podría quedar resumido en cuatro aspectos:

28. 1) *Contrato formal*. El acuerdo prematrimonial no puede celebrarse oralmente, debe ser recogido por escrito, así lo establecen las normativas de los distintos Estados que regulan este tipo de acuerdos. Además, en algunos de ellos se exige no sólo la forma escrita sino la presencia de testigos como se exigió por el Tribunal Supremo de Georgia en el asunto *Dove v. Dove*<sup>51</sup>. Otro aspecto que per-

<sup>47</sup> Esta visión se puede extraer de los requisitos que exigen las numerosas sentencias sobre la materia para que un *prenup* sea válido, desde *Sherer v. Sherer*, 249 GA. 635, 292 S.E.2d 662 (Georgia, 1982), pasando por *Button v. Button*, 388 N.W.2d 546 (Wisconsin, 1986) hasta llegar a otras más recientes como *Blige v. Blige* 283 GA 65 (2008), *Sailer v. Sailer*, Nº. 20100038, (N. Dakota, 2010); *Braha v. Braha*, Nº 718-625-6777, (New York, 2014).

<sup>48</sup> *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pennsylvania, 1990).

<sup>49</sup> En el asunto *Stoner v. Stoner*, 819 A. 2d 529 (Pennsylvania, 2003) la *Pennsylvania's Supreme Court* añadió un único requisito aparte del régimen general aplicable a los contratos. Este era que en los acuerdos entre cónyuges debe existir información sobre el patrimonio existente en el momento de la celebración.

<sup>50</sup> *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pennsylvania, 1990). *Vid.* I. MARK ELLMAN, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, en M. Sherpe, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, p. 415

<sup>51</sup> *Dove v. Dove*, S09A0197, S09X0198 (Georgia, 2009).

mite considerar a los acuerdos prematrimoniales como formales es el hecho de que deban celebrarse con una serie de días previos al enlace. El sentido de este plazo es que existe una presunción de que firmar el acuerdo a pocos días del enlace puede implicar vicios en el consentimiento<sup>52</sup>. Como vimos, ni el *Uniform Premarital Agreement 1983* ni su sucesor recogen nada al respecto a diferencia de lo que sucede con los *PFD* que señalan expresamente la necesidad de que el *prenup* se celebre al menos con 30 días de antelación al enlace. Sin embargo, la necesidad de unos días previos entre la firma del acuerdo y la celebración del enlace han sido tenidos en cuenta por los tribunales de forma orientativa, ya que ha habido casos en los que se ha considerado que el acuerdo prematrimonial era válido a pesar de que había sido firmado a pocos minutos del enlace<sup>53</sup>. Por lo tanto, aunque existe un plazo de referencia será el caso concreto el que en base a otros factores como si las partes contaron con asesoramiento legal independiente, si habían hablado sobre el pacto en privado o si existió información patrimonial entre los cónyuges los que determinarán si el pacto es válido o no lo es.

**29. 2) Consentimiento libre e informado.** El consentimiento libre, sin intimidación ni coacción, es un requisito esencial en el Derecho de los contratos de cualquier ordenamiento. Como es lógico, esta regla también es aplicable a los acuerdos entre cónyuges. Sin embargo, como ya se adelantaba, a los acuerdos prematrimoniales se les exige también que dicho consentimiento para ser considerado libre y sin ningún tipo de vicio que se haya forjado contando con una información suficiente. Información que permite ser consciente de las implicaciones de lo que se va a firmar para la vida familiar y personal de los cónyuges. De este modo, es necesario que las partes cuenten con asesoramiento legal independiente y con información sobre el patrimonio del otro. Respecto al asesoramiento legal independiente la jurisprudencia no es unánime sobre si el asesoramiento “independiente” se cumple contando con el servicio de un abogado para cada futuro cónyuge o si con uno para ambos es suficiente. En asuntos como *Ware v. Ware*, la Corte de Apelación del Estado de Virginia consideró inválido un acuerdo prematrimonial debido a que ambas partes habían sido asesoradas por el mismo abogado<sup>54</sup>. Sin embargo, en asuntos como *In re the State of Kinney* se valora no tanto el hecho de que haya habido asesoramiento sino la oportunidad o posibilidad de haber contado con el mismo<sup>55</sup>. Como señala la profesora M<sup>a</sup>. DOLORES CERVILLA GARZÓN, lo que pretenden evitar los tribunales es que la validez del pacto quede supeditada a la decisión de una de las partes de aún pudiendo recibir asesoramiento no lo reciban con el fin de guardarse una baza para posteriormente impugnar el acuerdo por falta de asesoramiento<sup>56</sup>. A parte de contar con asesoramiento profesional, recae en cada cónyuge la obligación de informar al otro sobre los bienes que conforman su patrimonio actual. En base a las numerosas sentencias sobre la materia se puede decir que la inexistencia de esta información no es un factor que en sí mismo conlleve la nulidad del acuerdo en todo caso, pero sí que junto con otros factores, *ad ex.* renuncia a una posible pensión compensatoria, puede cobrar bastante importancia a la hora de decidir sobre la validez del acuerdo<sup>57</sup>. Esto es así, ya que, en ocasiones, esta falta de información da lugar a que los efectos del *prenup* sean desproporcionados para una de las partes<sup>58</sup>. En definitiva, el objetivo de la información es que ambas partes sean plenamente conscientes respecto a qué se están comprometiendo firmando el *prenup* con el fin que su consentimiento sea libre e informado.

<sup>52</sup> Vid. en este sentido J. T. OLDHAM, “With All my Wordly Goods I Thee Endow, or Maybe Not: A reevaluation of the Uniform Premarital Agreement Act After Three Decades”, 19 *Duke J. Gender L. & Pol’y* 83, pp. 88-89.

<sup>53</sup> *Kornega v. Robinson*, N° COA05-131 (N. Carolina, 2006).

<sup>54</sup> *Ware v. Ware*. N° 34720 (2009). En el mismo sentido, *Owen v. Owen*, N° 13-0467 (2014).

<sup>55</sup> *In re State of Kenney*, N° A05-1794. En relación a que la inexistencia de asesoramiento legal no hace inválido el acuerdo de forma automática, *Brennan-Duffy v Duffy*, 22 AD3d 699, 700, 847 NYS2d 136 [2d Dept 2005].

<sup>56</sup> Vid. M<sup>a</sup>. D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura: un estudio de derecho comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 114-115.

<sup>57</sup> El grado de exigencia por los tribunales es variado. Así, ha habido asuntos en los que se ha considerado inválido el acuerdo prematrimonial a pesar de que se había informado a la otra parte sobre el patrimonio, debido a que dicha información se consideraba incompleta (*Stemler v. Stemler*, N° 2080021, 2009), mientras que en otros con proporcionar una información aproximada se considera suficiente (*Gordon v. Gordon*, N° 4D08-604, 2009; *Cannon v. Cannon*, N° 48, Sept. Term, 2005).

<sup>58</sup> *Chaplain v. Chaplain*, N° 2582-08-01 (2008).

30. 3) *Límites de contenido*. En cuanto a las previsiones que se pueden incluir en un acuerdo prematrimonial se podría destacar que los cónyuges disponen de bastante libertad material. Los aspectos a recoger pueden ser de índole muy variada, desde cuestiones económicas, personales hasta las que tengan que ver con hijos que puede que ni tan si quiera hayan nacido. Pero, sí que es cierto, que si se analiza la jurisprudencia y los textos sobre acuerdos entre cónyuges a los que nos hemos estado refiriendo es posible señalar que la materia sobre la que se puede pactar ya no sólo está constreñida por la máxima de orden público. Otros principios como la protección de los menores o evitar beneficiarse de las ayudas públicas. De este modo, es posible destacar tres tipos de materias en la que los cónyuges tienen limitada la posibilidad de pactar: a) *Previsiones relativas a los hijos*. El acuerdo prematrimonial en ningún caso puede perjudicar a los hijos, así se recoge tanto en los *PFD* como en el *Uniform Premarital Agreements Act 1983* y su sucesor de 2012<sup>59</sup>. Los futuros cónyuges siempre podrán pactar cuestiones que beneficien a los hijos, estableciendo deberes para los progenitores que la Ley no contempla, *ad ex.* asumir el coste de una buena educación, si va a ser de carácter público o privado la institución elegida o incluso si el menor va a recibir educación religiosa. Así, se podría decir que respecto a las cuestiones sobre las que se puede pactar en relación a los hijos podríamos diferenciar de dos ídoles. Una relativa a la educación y la otra relativa al cuidado de los mismos en el caso de ruptura. En cuanto a la primera, las partes tienen amplia libertad para pactar aspectos muy variados sobre la educación de sus hijos teniendo siempre presente que el bienestar de los menores no se menoscaba. Este tipo de cláusulas son comúnmente aceptadas por los tribunales. Respecto al cuidado de los hijos, los progenitores pueden pactar sobre la custodia de los hijos. La cuestión es que sobre este asunto los tribunales no están obligados a aplicar lo que establezcan los cónyuges en el *prenup*. El acuerdo puede ser tenido en cuenta e incluso vinculante pero la última decisión en cuanto a la custodia la tiene el juez<sup>60</sup>; b) *Previsiones relativas a la renuncia de la pensión de alimentos*. La renuncia a la pensión de alimentos ha estado generalmente menos aceptada por los tribunales que la renuncia a otros derechos que por razón del matrimonio podrían corresponder a uno de los cónyuges<sup>61</sup>. Estas reticencias podrían derivarse de la visión estadounidense sobre la función de las ayudas públicas. Así, que uno de los cónyuges renuncie en un acuerdo prematrimonial a la pensión de alimentos y que esto luego provoque la asistencia del Estado no es concebible ni tampoco, de hecho, está permitido. Tanto el *Premarital Agreement Act 1983* como su sucesor de 2012 recogen que el tribunal puede obligar a una de las partes a prestar alimentos a la otra aunque en el pacto establezca lo contrario<sup>62</sup>. Es más, de los 26 Estados que adoptaron el *Premarital Agreement Act 1983* algunos de ellos modificaron dicha previsión para hacerla todavía más restrictiva<sup>63</sup>. *Ad ex.* Estado de Iowa y de Nuevo México donde se señala que el Derecho a recibir alimentos no puede ser negativamente afectado por un acuerdo prematrimonial<sup>64</sup>. Los Estados que no han aprobado ninguno de los textos anteriores también se muestran reticentes a dar validez a renunciaciones de pensiones de alimentos<sup>65</sup>. No obstante, a pesar de las reticencias es necesario acudir al caso concreto para observar los efectos que la renuncia provoca a las partes. Algunos tribunales como la *Superior Court of Los Ángeles* han establecido que la renuncia a la pensión de alimentos no convierte el acuerdo en inejecutable<sup>66</sup>; c) *Previsiones relativas a las causas que justifican el fin del matrimonio*. Los tribu-

<sup>59</sup> Section 3, letra b *Uniform Premarital Agreement Act 1983*; Section 10, letra b *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012*, apartado 7.06 *Principles of the Law of Family dissolution*.

<sup>60</sup> Vid. I. MARK ELLMAN, "Marital Agreements and Private Autonomy in the United States", en M. Sherpe, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, p. 413.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 414.

<sup>62</sup> Section 9, letra e) *Uniform Premarital and Marital Agreements Act*, "If a premarital agreement or marital agreements modifies or eliminates spousal support and the modification causes a 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, on request of that party, may require the other party provide support to the extent necessary to avoid that eligibility".

<sup>63</sup> Vid. I. MARK ELLMAN, "Marital Agreements and...", p. 414.

<sup>64</sup> Vid. New Mexico Stat Ann 40-3A-4 (2009) y Iowa Code Ann 596.5 (2009).

<sup>65</sup> *Lane v. Lane*, 202 SW 3D 577 (Ky 2006). En este asunto el tribunal consideró que la renuncia a la pensión de alimentos por parte de la esposa era desproporcionada, debido a que mientras que ella se había quedado al cuidado del hogar y de los hijos, él se había labrado una exitosa carrera profesional haciendo una importante fortuna.

<sup>66</sup> *In Re marriage of Pendleton and Fireman*, 24 Cal. 4th 39 (2000).

nales de los diferentes Estados no se han mostrado demasiado partidarios a que las partes establezcan causas diferentes a las que la Ley recoge para disolver el matrimonio<sup>67</sup>. Ejemplo de ello es *Diosdado v. Diosdado*<sup>68</sup>. En este asunto las partes establecían en un acuerdo celebrado tras el matrimonio que ambas partes debían cumplir el deber de fidelidad. Además, establecían que en el caso de no cumplir dicho deber, el incumplidor debía indemnizar a la otra parte con 50.000 dólares. El Tribunal consideró que dicha cláusula era contraria al orden público porque penalizaba el divorcio, lo cual no era posible conforme a la ley del Estado de California debido a que el divorcio se concede sin que medie culpa (*no-fault divorce*)<sup>69</sup>.

**31. 4) Cambio de circunstancias.** El “*Test Scherer*” ya establecía como tercer requisito para la validez de un *prenup* que el acuerdo no deviniera en injusto como consecuencia de un cambio en las circunstancias de los cónyuges. La apreciación del cambio de circunstancias es consecuencia de la aceptación por los tribunales de la *Second Look doctrine* que se recoge tanto en los *PFD* como en los *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012*. Aunque la práctica judicial es variada en cuanto a considerar en qué casos un cambio de circunstancias da lugar a la ineficacia de un acuerdo, un criterio si que es compartido, y es el hecho de que el cambio debe ser de tal envergadura que provoque que un acuerdo válidamente celebrado se convierta en injusto o desproporcionado<sup>70</sup>. Es decir, no sirve un mero cambio de circunstancias consecuencia del devenir de la propia vida, sino cambios importantes que provoquen que lo pactado años atrás sea perjudique a una de las partes<sup>71</sup>. Se podría afirmar que revisar lo justo o injusto que es un pacto prematrimonial válidamente celebrado en el momento de ejecutarlo lo aleja de considerarlo un mero contrato para acercarlo más a un régimen mixto, donde la libertad contractual se entremezcla con la protección de intereses esenciales que afectan a la familia.

## E) Consideraciones finales

**32.** En definitiva, los criterios de validez que se vienen exigiendo a los acuerdos prematrimoniales en los diferentes Estados de EE.UU. son requisitos que buscan la justicia o equidad entre las partes en dos momentos diferentes, el momento de la celebración del acuerdo y el momento de su ejecución. El *prenup* es considerado un contrato, los futuros cónyuges disponen en términos generales de gran libertad para pactar el contenido del acuerdo, ya que, salvo cuestiones relativas a la custodia de los hijos, el resto de materias que les afecten son susceptible de pacto. Así, podemos decir que la visión estadounidense sobre los acuerdos prematrimoniales es *amplia*. Aún así, a pesar de la extensa autonomía de la voluntad de la que disponen las partes, las particularidades o circunstancias del caso concreto pueden junto con la búsqueda de una solución justa para los cónyuges que un *prenup* que cumple todas las formalidades en el momento de la celebración sea declarado inválido al momento de su ejecución.

## 2. Los acuerdos prematrimoniales en Inglaterra

### A) Aproximación inicial

**33.** El estudio de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés requiere una mínima aproximación al régimen jurídico aplicable al matrimonio en ese ordenamiento. El punto de partida es que en Derecho inglés no existen los regímenes económicos matrimoniales que tenemos en el Derecho continental. El régimen de gananciales, de participación o de separación de bienes son figuras desco-

<sup>67</sup> Vid. I. MARK ELLMAN, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, en M. SHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, p. 414.

<sup>68</sup> *Diosdado v. Diosdado*, 97 Cal. App. 4th 470 (2002).

<sup>69</sup> *Diosdado v. Diosdado*, p. 475.

<sup>70</sup> *Crews v. Crews*, N° SC 18176 (2010).

<sup>71</sup> Para un razonamiento más detallado de por qué el cambio de circunstancias hace necesario revisar el *prenup*, vid. M.A. EISENBERG, “The limits of Cognition and the Limits of Contract”, 47 *Stanford Law Review*, 211, 1995, pp. 254-258.

nocidas en el ordenamiento jurídico inglés<sup>72</sup>. Es decir, el hecho de contraer matrimonio no implica que el patrimonio de los cónyuges se unifique, sino que los patrimonios continúan de forma individual y separada<sup>73</sup>. Patrimonialmente, los cónyuges son dos extraños. Sin embargo, que los patrimonios de los esposos no queden sujetos a ningún régimen económico matrimonial no implica que no haya deberes económicos entre ellos. Es más, hay determinados bienes que se asignan al matrimonio o a la familia, igual que ciertas deudas contraídas por cualquiera de ellos<sup>74</sup>. La falta de un sistema estable de gestión del patrimonio de los cónyuges crea bastante inseguridad jurídica, lo que da lugar a que cuando el matrimonio hace aguas sean los tribunales los que decidan cómo se va proceder en el reparto del patrimonio. La falta de precisión en las normas inglesas sobre la materia hace que exista una alta litigiosidad en materia de divorcio. De hecho, Londres es considerada “la capital del divorcio” debido a la fama que tienen sus tribunales de conceder generosas sumas de dinero a las esposas de ricos personajes públicos<sup>75</sup>. El motivo de esta falta de precisión es que, a pesar de que existen algunas normas que pretenden fijar los derechos y deberes de los cónyuges, las consecuencias tanto patrimoniales como personales de las separaciones, nulidades y divorcios son imprecisas, ya que, la apreciación del tribunal de los datos del caso no es posible saber *a priori* cómo será<sup>76</sup>. Esto ha dado lugar que los tribunales ingleses hayan ido forjándose un poder para reajustar los patrimonios individuales y así conceder pensiones compensatorias, sumas de dinero o incluso propiedades al cónyuge menos pudiente. Este poder de actuación conferido a los tribunales para repartir el patrimonio de los cónyuges se deriva de la *Matrimonial Causes Act 1973*<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> Vid. N. LOWE, “Prenuptial agreements: the English position”, *Indret*, enero 2008, p. 3, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/508\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/508_en.pdf) (consultado el 20 de mayo de 2014).

<sup>73</sup> Vid. J. MILES, “Marital Agreements and Private Autonomy in England and Wales”, en M. SHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, p. 90.

<sup>74</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimocuarta ed., Comares, Granada, 2013, p. 149; Vid. J. MILES, “Marital Agreements and...”, p. 90.

<sup>75</sup> <http://www.theguardian.com/money/2013/mar/03/london-status-divorce-capital>. Esta fama se ha venido desarrollando desde el asunto *White v. White* en el que el Tribunal Supremo inglés consideró que el miembro de la pareja que aporta el dinero no debería quedarse con todo el patrimonio una vez colmadas las necesidades económicas del otro cónyuge, sino que debería repartirse entre los dos. Esto ha dado como resultado que en los últimos años haya sentencias en las que las mujeres de personajes ricos reciban importantes sumas de dinero.

<sup>76</sup> Los propios jueces ingleses reconocen la dificultad de impartir justicia en los casos de familia, apartados 4-6 asunto *Milles v. Milles; McFarlane v. McFarlane* [2006, UKHL 24], “*Fairness is an elusive concept. It is an instinctive response to a given set of facts. Ultimately it is grounded in social and moral values. These values, or attitudes, can be stated. But they cannot be justified, or refuted, by any objective process of logical reasoning. Moreover, they change from one generation to the next. It is not surprising therefore that in the present context there can be different views on the requirements of fairness in any particular case. At once there is a difficulty for the courts. The Matrimonial Causes Act 1973 gives only limited guidance on how the courts should exercise their statutory powers. Primary consideration must be given to the welfare of any children of the family. The court must consider the feasibility of a ‘clean break’. Beyond this the courts are largely left to get on with it for themselves. The courts are told simply that they must have regard to all the circumstances of the case. Of itself this direction leads nowhere. Implicitly the courts must exercise their powers so as to achieve an outcome which is fair between the parties. But an important aspect of fairness is that like cases should be treated alike. So, perforce, if there is to be an acceptable degree of consistency of decision from one case to the next, the courts must themselves articulate, if only in the broadest fashion, what are the applicable if unspoken principles guiding the court’s approach*”.

<sup>77</sup> *The Matrimonial Causes Act 1973* es la Ley del divorcio que existe en el Derecho inglés y galés. En esta Ley se recogen las causas de divorcio y los aspectos a tener en cuenta por el tribunal para ejercer la discrecionalidad que le permite fijar los efectos económicos del divorcio o separación judicial. Así, la sección 25 de la parte II del *Matrimonial Causes Act 1973* señala que el tribunal puede: “(1) *it shall be the duty of the court in deciding whether to exercise its powers under section 23, 24 [F2, 24A or 24B] above and, if so, in what manner; to have regard to all the circumstances of the case, first consideration being given to the welfare while a minor of any child of the family who has not attained the age of eighteen.*

(2) *As regards the exercise of the powers of the court under section 23(1)(a), (b) or (c), 24 [F3, 24A or 24B] above in relation to a party to the marriage, the court shall in particular have regard to the following matters—*

(a) *the income, earning capacity, property and other financial resources which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future, including in the case of earning capacity any increase in that capacity which it would in the opinion of the court be reasonable to expect a party to the marriage to take steps to acquire;*

(b) *the financial needs, obligations and responsibilities which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future;*

(c) *the standard of living enjoyed by the family before the breakdown of the marriage;*

(d) *the age of each party to the marriage and the duration of the marriage;*

(e) *any physical or mental disability of either of the parties to the marriage;*



Las reclamaciones económicas que se puede invocar en los procesos de separación, nulidad y divorcio en Inglaterra y Gales son conocidas como “*ancillary relief*”<sup>78</sup>.

34. La reciente propuesta de la *Law Commission* –órgano creado por *Law Commissions Act 1965* con el fin de promover la reforma de las leyes– en materia de acuerdos matrimoniales señala que “*ancillary relief*” es “*the term formerly used to describe financial orders made on divorce and dissolution, and excluding financial orders made under schedule 1 of the Children Act 1989*”<sup>79</sup>. Es decir, son las reclamaciones económicas que generalmente hace uno de los cónyuges al otro en un proceso de separación, nulidad o divorcio y que nada tienen que ver con las pensiones de alimentos que le corresponden a los hijos. El término “*ancillary*” significa auxiliar o secundario, dentro del contexto se puede decir que son cuestiones económicas auxiliares o subordinadas a la petición principal, que no es otra cosa que la disolución del matrimonio. En nuestro ordenamiento, las “*ancillary relief*” podrían englobar las reclamaciones de naturaleza económica, *ad ex.*, la pensión compensatoria o la pensión de alimentos a favor de uno de los cónyuges.

35. En el Derecho inglés y de Gales es posible diferenciar tres categorías de acuerdos entre cónyuges: prematrimoniales, postmatrimoniales y de separación<sup>80</sup>. En atención a la *section 34* de la *Matrimonial Causes Act 1973* los cónyuges pueden pactar contractualmente los efectos económicos de su separación o divorcio. Por lo tanto, los acuerdos de separación son válidos en el Derecho inglés.

36. Como se adelantaba, en el Derecho inglés por el hecho de contraer matrimonio no se modifica o altera el patrimonio de los cónyuges. El resultado es que cada cónyuge va a poder actuar en el tráfico jurídico como un individuo particular más al que se le van a aplicar las normas generales de los contratos. Así, surge fácil la pregunta de si pueden pactar los términos de su ruptura en lo referente a su patrimonio y a cuestiones personales. Y ya no sólo pactar, sino que lo pactado sea obligatorio para las partes. Si fuera así, el poder de los tribunales en la ordenación del patrimonio de los cónyuges en aras de una solución más justa y equitativa en los procesos de disolución matrimonial podría verse limitado por lo estipulado en un *prenup*.

## **B) La consideración de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés antes del asunto *Radmacher vs. Granatino***

37. Durante el siglo XIX los acuerdos celebrados antes o después del matrimonio en los que se hacía una ordenación del patrimonio en el caso de que hubiera una ruptura no estaban bien vistos por los tribunales. En esa época la sociedad inglesa estaba influenciada por ideas religiosas según las cuales el matrimonio era indisoluble. Los tribunales consideraban que un acuerdo de ese tipo fomentaba la ruptura del matrimonio por lo que el reconocimiento de la obligatoriedad del *prenup* era prácticamente inexistente debido a que iba en contra del orden público. A decir verdad, los tribunales no sólo consideraban los acuerdos matrimoniales *unenforceable* por ir en contra de la institución del matrimonio, también como forma de proteger a la mujer, que generalmente salía mal parada con la firma de este tipo de acuerdos.

(f) *the contributions which each of the parties has made or is likely in the foreseeable future to make to the welfare of the family, including any contribution by looking after the home or caring for the family;*

(g) *the conduct of each of the parties, if that conduct is such that it would in the opinion of the court be inequitable to disregard it;*

(h) *in the case of proceedings for divorce or nullity of marriage, the value to each of the parties to the marriage of any benefit F4... which, by reason of the dissolution or annulment of the marriage, that party will lose the chance of acquiring”.*

<sup>78</sup> Vid. J.MILES, “Marital Agreements and...”, pp. 90- 91.

<sup>79</sup> La propuesta de *Law Commission* sobre acuerdos matrimoniales que se estudiará a lo largo del trabajo con más detalle ha sido publicada en febrero de 2014. Esta propuesta está disponible en <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/marital-property-agreements.htm>. (consultado el 7 de mayo de 2014).

<sup>80</sup> Vid. S. HARRIS-SHORT/ J.MILES, *Family Law: Text, Cases and Materials*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, 2011, pp. 493 y ss.

**38.** Este tratamiento de los acuerdos entre cónyuges duró hasta prácticamente la mitad del siglo XX. A partir de este momento, es necesario diferenciar en el ordenamiento jurídico inglés y de Gales tres categorías de acuerdos entre cónyuges: acuerdos prematrimoniales, acuerdos postmatrimoniales y acuerdos de separación<sup>81</sup>. Estos tres tipos de acuerdos no han recibido el mismo tratamiento jurídico por el legislador ni tampoco por los tribunales.

Respecto a los acuerdos de separación, –acuerdos celebrados una vez que el matrimonio está roto–, decir que son legales desde la entrada en vigor de la *Matrimonial Causes Act 1973*. De acuerdo con la *section 34*, donde se recogen los *maintenance agreements*, los cónyuges pueden pactar contractualmente los efectos económicos de su separación o divorcio<sup>82</sup>.

**39.** Los acuerdos prematrimoniales y postmatrimoniales siempre han estado peor vistos que los acuerdos de separación, ya que se consideraba que prever la separación antes de que existiera cualquier problema entre los cónyuges o antes incluso de contraer matrimonio iba en contra de un principio básico del matrimonio: la obligación de convivir<sup>83</sup>. En cambio, pactar los términos de la separación cuando el matrimonio ya está roto no ha tenido una consideración tan negativa para los tribunales como los *prenups*. Un aspecto a tener en cuenta es que tanto los acuerdos prematrimoniales como los postmatrimoniales no disponían, ni tampoco disponen actualmente, de una regulación legal expresa. Esto ha dado lugar a que los tribunales hayan sido los que han ido forjando los criterios para su validez en los casos en los que se les han ido planteando.

El primer asunto a destacar es *Hyman v. Hyman* del año 1929, aunque no versa sobre la validez de un acuerdo prematrimonial propiamente dicho, se considera el primer precedente del siglo XX en esta materia<sup>84</sup>. El asunto tenía que ver con un acuerdo entre los cónyuges mediante el cual pactaban los términos de su separación. La esposa quería separarse debido a que el marido estaba viviendo con otra mujer pero el adulterio en aquél momento no era causa de separación. Para reconducir la situación, los cónyuges pactan una cantidad económica en concepto de pensión de alimentos para la esposa (20 Libras por semana de por vida) y excluyen así la intervención de los tribunales. El problema aparece cuando la legislación cambia –entra en vigor *the Matrimonial Causes Act 1923*– y la esposa puede acudir a los tribunales a solicitar el divorcio invocando como causa el adulterio y solicitando una pensión de alimentos<sup>85</sup>. El marido se opone alegando la obligatoriedad del acuerdo. Sin embargo, el tribunal considera que en base a la obligación que existe en el Derecho de familia inglés de que el marido mantenga a su esposa hasta incluso después del matrimonio, el pacto es contrario al orden público. El razonamiento del tribunal no sólo se basa en la protección a la esposa sino también en la protección de los intereses de terceros e incluso del propio Estado<sup>86</sup>. Así, en un acuerdo entre cónyuges que se recoja la exclusión los tribunales para regular los efectos de su matrimonio no tiene mayor peso que el que las partes le quieran dar, ya que los tribunales no van a quedar fuera porque se haya pactado dicho extremo<sup>87</sup>. Es más, lo pactado entre los cónyuges no vincula al tribunal en ningún sentido, puede acabar fallando en el sentido opuesto a lo estipulado por los cónyuges. Esta visión sobre los acuerdos entre cónyuges ha estado presente en numerosas resoluciones posteriores.

<sup>81</sup> Vid. S. HARRIS-SHORT/ J.MILES, *Family Law: Text, Cases and Materials*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, 2011, pp. 493 y ss. Para un mayor detalle sobre los acuerdos de separación o separation agreements vid. J.MILES, “Marital Agreements and Private Autonomy in England and Wales”, en M. SHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, pp. 107-114.

<sup>82</sup> Para un mayor detalle sobre los acuerdos de separación, vid. S. HARRIS-SHORT/ J.MILES, *Family Law: Text...*, pp. 492-496.

<sup>83</sup> *Radmacher v. Granatino*, [2010] UKSC 42, apartado 31.

<sup>84</sup> *Hyman v. Hyman*, [1929] AC 601.

<sup>85</sup> A partir de 1923, las mujeres pueden acudir a los tribunales a solicitar el divorcio.

<sup>86</sup> Vid. N. LOWE, “Prenuptial agreements: the...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>87</sup> *Hyman v. Hyman* [1929], AC 601, donde uno de los ponentes sostuvo que “*However, this may be, it is sufficient for the decision of the present case to hold, as I do, that the power of the court to make provision for a wife on the dissolution of her marriage is a necessary incident of the power to decree such a dissolution, conferred not merely in the interests of the wife, but of the public, and that the wife cannot by her own covenant preclude herself from invoking the jurisdiction of the court or preclude the court from the exercise of that jurisdiction.*’ *The existence of the covenant did not preclude the wife from making an application to the court: ‘this by no means implies that, when this application is made, the existence of the Deed or its terms are not the most relevant factors for consideration by the court in reaching a decision’.*”

Ya en fechas más recientes es posible destacar *F v. F*<sup>88</sup>. Asunto que podría denominarse como el primero respecto a los acuerdos prematrimoniales pero con consideraciones hacia el acuerdo muy semejantes a las ya mencionadas. En este caso, el acuerdo prematrimonial dejaba a la esposa en una situación de desventaja respecto al marido. De este modo, el tribunal consideró que la relevancia de este tipo de acuerdos es mínima a la hora del reparto de bienes entre los cónyuges, ya que lo establecido en las leyes prevalece a lo recogido en el acuerdo<sup>89</sup>. En definitiva, los tribunales no consideraron que el acuerdo fuera obligatorio. La razón era que consideraban que las partes no podían excluir la intervención judicial con un pacto, y evitar así, la aplicación de la normativa al respecto. En la misma línea se sucedieron asuntos en los que se consideró que un acuerdo prematrimonial tenía escaso valor para el tribunal, sobre todo cuando el acuerdo perjudicaba a uno de los cónyuges<sup>90</sup>.

40. Con el cambio de siglo, se pudo observar un tímido cambio de tendencia. Así, se ha pasado de que el acuerdo sea ignorado por los tribunales a que el acuerdo se tenga en consideración a la hora de decidir. *Ad ex.*, en el asunto *M v. M*, el tribunal manifestó que iba a tener en cuenta el *prenup* para llegar a una decisión debido a que dicho acuerdo era una de las circunstancias más relevantes del caso<sup>91</sup>. Un paso más allá se da en el asunto *Milles v. Milles; McFarlane v. McFarlane* no tanto en relación a la validez y obligatoriedad de los acuerdos prematrimoniales propiamente dichos, sino en relación a un aspecto crucial que indirectamente influye en dichos acuerdos: el reparto de los bienes entre los cónyuges<sup>92</sup>. El tribunal, con una claridad pasmosa, en base a la necesidad de justicia establece tres criterios a tener en cuenta a la hora del reparto de los bienes entre los cónyuges una vez el matrimonio ha acabado: 1) *las necesidades económicas de los cónyuges*: aquí se incluirían las necesidades de los cónyuges que surgen a raíz del matrimonio. El tribunal especialmente destaca la vivienda y los gastos para subsistir. El problema es que en la mayoría de los casos no es posible repartir con justicia cuando no hay bienes para mantener dos hogares. Los aspectos que tuvo en cuenta fueron la edad, el nivel de vida de la familia, la capacidad de generar ingresos en el futuro o la discapacidad<sup>93</sup>; 2) *la compensación*: consiste en la compensación económica que podría percibir cualquiera de los cónyuges que tras la ruptura quedara en una situación de desventaja respecto al otro. Esta situación puede darse en los casos en los que el marido ha aportado el dinero al matrimonio, mientras que la mujer se ha quedado en casa al cuidado del hogar y los hijos<sup>94</sup>; 3) *el reparto de los bienes*: los frutos del matrimonio deben ser repartidos en partes iguales entre los cónyuges. Esta es una de las partes más delicadas dentro de un proceso de divorcio o separación. El Tribunal destaca que aunque la Ley en Inglaterra y en Gales no diferencia entre los bienes matrimoniales y no matrimoniales –bienes adquiridos mediante donación, herencia, etc.– sería conveniente tener en cuenta esta distinción en el momento del reparto. Por un lado, los bienes

<sup>88</sup> *F v. F*, [1995] 2FLR 45.

<sup>89</sup> *F v. F*, [1995] 2FLR 45, apartado 66, “*The rights and responsibilities of those whose financial affairs are regulated by statute cannot be much influenced by contractual terms which were devised for the control and limitation of standards that are intended to be of universal application throughout our society (...) For the purposes of my determination I do not attach any significant weight to those contracts*”.

<sup>90</sup> *S v. S*, [1997] 1 WLR 1200; *K v. K*, [2003] 1 FLR 120.

<sup>91</sup> *M v. M*, [2002] 1 FLR 654. En el apartado 26 el Tribunal recoge lo siguiente sobre la consideración que tiene sobre el acuerdo: “*The circumstances of this case illustrate vividly that the existence of a prenuptial agreement can do more to obscure rather than clarify the underlying justice of the case. On the one hand this husband would not have married the wife unless she signed the agreement. On the other hand this wife signed the agreement because she was pregnant and did not relish single parenthood either for herself or for her child and because she wanted to marry the husband. In my view it would be as unjust to the husband to ignore the existence of the agreement and its terms as it would be to the wife to hold her strictly to those terms. I do bear the agreement in mind as one of the more relevant circumstances of this case, but the court’s overriding duty remains to attempt to arrive at a solution which is fair in all the circumstances, applying s 25 of the Matrimonial Causes Act 1973*”.

<sup>92</sup> *Milles v. Milles; McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24.

<sup>93</sup> *Milles v. Milles; McFarlane v. McFarlane*, [2006] UKHL 24, apartados 10-12.

<sup>94</sup> *Milles v. Milles; McFarlane v. McFarlane*, [2006] UKHL 24, apartado 23, en el que el Tribunal señala sobre la compensación: “*This is aimed at redressing any significant prospective economic disparity between the parties arising from the way they conducted their marriage. For instance, the parties may have arranged their affairs in a way which has greatly advantaged the husband in terms of his earning capacity but left the wife severely handicapped so far as her own earning capacity is concerned. Then the wife suffers a double loss: a diminution in her earning capacity and the loss of a share in her husband’s enhanced income. This is often the case. Although less marked than in the past, women may still suffer a disproportionate financial loss on the breakdown of a marriage because of their traditional role as home-maker and child-carer*”.

matrimoniales deberían ser repartidos de acuerdo a criterios de justicia e igualdad con independencia de la duración del matrimonio, ya que estos bienes son generados bajo el paraguas del matrimonio y los valores que rigen la unión deberían estar presentes<sup>95</sup>. Por el otro, sobre los bienes no matrimoniales no debería recaer el mismo tratamiento de reparto igualitario. En este caso, el Tribunal considera que los cónyuges deberían contar con mayor libertad de decisión sobre esos bienes<sup>96</sup>. Esta diferencia de tratamiento entre bienes matrimoniales y no matrimoniales cabe preguntarse de qué modo puede afectar a los acuerdos prematrimoniales. El reconocimiento de la libertad de disposición sobre los bienes no matrimoniales permitiría llegar a la conclusión de que un acuerdo prematrimonial en el que se haga una regulación sobre este tipo de bienes debería ser vinculante para las partes y también válido para el Tribunal.

41. Bien por esta visión sobre los bienes matrimoniales o bien por la influencia del tratamiento que los tribunales estadounidenses otorgan a los acuerdos prematrimoniales, el hecho es que los acuerdos entre cónyuges gozan cada vez de más reconocimiento ante los tribunales ingleses. Prueba de ello es el asunto *Macleod v. Macleod* que, aunque no versa sobre la validez de un acuerdo prematrimonial sino sobre un acuerdo realizado durante el matrimonio –acuerdo postmatrimonial–, se puede ver un claro avance sobre la diferente percepción que las autoridades empiezan a tener sobre los pactos matrimoniales en Inglaterra<sup>97</sup>. El *Privy Council* viene a afirmar que no es posible considerar de forma general que todos los acuerdos entre cónyuges en los que se pactan cuestiones económicas son contrarios al orden público. Las circunstancias de cada caso, especialmente cuando la situación de los cónyuges ha cambiado desde la firma del acuerdo al momento de la ruptura, son las que permitirán al Tribunal dar validez o no al acuerdo. El *Privy Council* considera que igual de contrario al orden público sería dar validez a un acuerdo en el que una de las partes queda en una situación injusta, como imponer una solución a los cónyuges sin tener en cuenta un acuerdo que se firmó atendiendo a unas circunstancias que no han cambiado y en el que los cónyuges prevén la organización de su patrimonio en caso de divorcio como mejor han considerado<sup>98</sup>. Sin embargo, a pesar de este razonamiento a favor de la autonomía de la voluntad, el *Privy Council* diferencia el momento de celebración del acuerdo para otorgarle una naturaleza u otra al pacto. Así, considera que los acuerdos celebrados después de contraer matrimonio tienen naturaleza contractual, mientras que los celebrados antes del mismo no tienen tal naturaleza. Para el *Privy Council*, los *prenups* no son contratos, a diferencia de los acuerdos postmatrimoniales que sí tienen naturaleza contractual, y por tanto, deben quedar incluidos dentro de la *section 34* de la *Matrimonial Causes Act 1973* que recoge los *maintenance agreements*. Este razonamiento será rebatido por la *Supreme Court* en *Radmacher v. Granatino*.

42. Por último, en el asunto *Crossley v. Crossley* se pudo apreciar un gran avance respecto al carácter obligatorio de los acuerdos prematrimoniales cuando versan sobre la disposición de los bienes privativos. El Tribunal consideró que el acuerdo prematrimonial firmado por las partes siete semanas antes

---

<sup>95</sup> Así, el Tribunal destaca en el apartado 16: “*The parties commit themselves to sharing their lives. They live and work together. When their partnership ends each is entitled to an equal share of the assets of the partnership, unless there is a good reason to the contrary. Fairness requires no less. But I emphasise the qualifying phrase: ‘unless there is good reason to the contrary’. The yardstick of equality is to be applied as an aid, not a rule*”.

<sup>96</sup> Aunque las circunstancias del caso serán las verdaderamente relevantes a la hora de repartir los bienes no matrimoniales, a decir verdad, la duración del matrimonio sí que podría ser relevante, ya que en los matrimonios de escasa duración no sería tampoco justo que el patrimonio de uno sólo de los cónyuges quedara dividido en dos cuando el otro cónyuge lo único que ha hecho ha sido contraer matrimonio. En este sentido el Tribunal considera: “*In the case of a short marriage fairness may well require that the claimant should not be entitled to a share of the other’s non-matrimonial property. The source of the asset may be a good reason for departing from equality. This reflects the instinctive feeling that parties will generally have less call upon each other on the breakdown of a short marriage*” (apartado 24). En los matrimonios de larga duración podría tener más sentido un reparto más igualitario de los bienes no matrimoniales, así el Tribunal entiende que: “*With longer marriages the position is not so straightforward. Non-matrimonial property represents a contribution made to the marriage by one of the parties. Sometimes, as the years pass, the weight fairly to be attributed to this contribution will diminish, sometimes it will not. After many years of marriage the continuing weight to be attributed to modest savings introduced by one party at the outset of the marriage may well be different from the weight attributable to a valuable heirloom intended to be retained in specie. Some of the matters to be taken into account in this regard were mentioned in the above citation from the White case. To this non-exhaustive list should be added, as a relevant matter, the way the parties organised their financial affairs*” (apartado 25).

<sup>97</sup> *Macleod v. Macleod*, [2008] UKPC 64.

<sup>98</sup> *Macleod v. Macleod*, [2008] UKPC 64, apartado 41.

de contraer matrimonio era válido y que la esposa debía acatarlo<sup>99</sup>. Es cierto que este caso presenta unos hechos peculiares, matrimonio entre dos personas con un extenso patrimonio. En el momento de la firma del acuerdo el marido tenía una fortuna valorada en 45 millones de Libras mientras que la esposa disponía de un patrimonio de 18 millones de Libras. Ambas partes habían estado casadas previamente, de hecho, la mujer había adquirido tal patrimonio debido a tres divorcios anteriores. El matrimonio dura escasamente un año y no tienen hijos. El acuerdo prematrimonial básicamente establecía que mantenían sus patrimonios separados. Debido a la escasa duración del acuerdo, no dio tiempo a que el matrimonio tuviera bienes matrimoniales. Desde nuestro punto de vista, que el Tribunal considere válido y vinculante un *prenup* en este tipo de casos ahorra muchos costes y tiempo, ya no sólo a las partes sino también a la Administración de Justicia.

43. Por lo tanto, las resoluciones de los tribunales ingleses han sido dispares respecto a los acuerdos pre y postmatrimoniales. No existe una norma que recoja la legalidad y vinculación de estos acuerdos para las partes como sucede en EE.UU. Sin embargo, los tribunales ingleses, especialmente en los últimos años, han sido conscientes de la necesidad de que las partes puedan disponer de una amplia libertad para la organización de los efectos económicos que implica su ruptura. Así, la tendencia actual es que tanto los acuerdos entre cónyuges celebrados antes como después del matrimonio sean tenidos en cuenta por el tribunal a la hora de decidir. La cuestión es si especialmente los acuerdos prematrimoniales que son los que más dudas en cuanto a su validez plantean, van en algún momento a ser considerados vinculantes sin ningún atisbo de dudas, ya no sólo para las partes sino también para los tribunales.

### C) El asunto *Radmacher v. Granatino*

#### a) Los hechos

44. El asunto *Radmacher v. Granatino* ha supuesto un antes y un después respecto a la consideración legal de los acuerdos prematrimoniales en Inglaterra y Gales<sup>100</sup>. Aunque, como ya se ha expuesto, los tribunales ingleses en los últimos años habían empezado a tener en cuenta el *prenup* a la hora de decidir, en ningún caso habían considerado un acuerdo prematrimonial vinculante para las partes salvo en algún asunto de forma puntual, *ad ex. Crossley v. Crossley*. Sin embargo, tras *Radmacher v. Granatino* es muy probable que tal consideración cambie.

45. La Sra. Radmacher de nacionalidad alemana firma un acuerdo prematrimonial con su futuro marido, el Sr. Granatino de nacionalidad francesa. El acuerdo se firma ante notario en Alemania en el año 1998, cuatro meses antes de contraer matrimonio. Los futuros cónyuges estipulan que su régimen económico matrimonial será el de separación de bienes. Las partes renuncian a cualquier derecho de

<sup>99</sup> *Crossley v. Crossley*, [2007] EWCA Civ 1491 apartado, 9; *Crossley v. Crossley*, [2008]1 FLR 1467, apartados 15-18, en la que la *Court of Appeal* rechaza la apelación de forma unánime en base a los siguientes motivos: “a) *the application had not been set down for a preliminary issue: whilst the existence of the agreement cannot oust the court’s obligation to apply the s 25 factors, the exceptional facts of this case give rise to a ‘very strong case that a possible result of the s 25 exercise will be that the wife receives no further financial reward’* (para. 14), ‘*If ever there is to be a paradigm case in which the court will look to the prenuptial agreement as... a factor of magnetic importance, it seems to me that this is just such a case*’

b) *Thorpe LJ remarked on the gaining view of the importance of pre-nuptial contracts:*

“*It does seem to me that the role of contractual dealing, the opportunity for the autonomy of the parties, is becoming increasingly important*”.

c) *In the exceptional circumstances of this case, the wife would in effect be required to show cause why the agreement should not rule the outcome of the ancillary relief claim*”.

<sup>100</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42. Entre los diferentes estudios doctrinales que analizan esta sentencia *vid. B. CLARK*, “Prenuptial contracts in English Law: capricious outcomes or legislative clarification”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 32, nº 3, September 2010, pp. 237-245; *Id.*, “Ante-nuptial contracts after Radmacher: an impermissible gloss?”, Vol. 33, nº 1, March 2011, pp. 14-24; S. GASPÁR LERA, “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés”, *Indret*, 3/2012, disponible en [http://www.indret.com/pdf/913\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/913_es.pdf) (consultado el 1 de junio de 2014); B. HALE, “Equality and autonomy in family law”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 33, nº 1, March 2011, pp. 3-14; A. MEEHAN, “Radmacher: What practitioners need from the Supreme Court”, *Family Law*, pp. 253-258; S. THOMPSON, “Radmacher (formerly Granatino) v. Granatino [2010] UKSC 42”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 33, nº 1, March 2011, pp. 61-70; J. M. SHERPE, “Los acuerdos prematrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino”, *Indret*, Barcelona, 2012, pp. 1-24.

pensión compensatoria o de alimentos en el caso de separación o divorcio. También se renuncia en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges a cualquier reclamación sobre el patrimonio privativo del cónyuge fallecido. El acuerdo no recoge más previsiones al respecto, tampoco nada en relación a los futuros hijos u otras cuestiones personales o económicas que pudieran derivarse de la unión matrimonial.

Un aspecto a tener en cuenta es que la Sra. Radmacher tenía una situación económica más holgada que la de su futuro esposo, ya que su familia tenía un importante patrimonio. De hecho, ya había recibido una parte de la fortuna familiar. El objetivo principal del acuerdo era proteger dicha fortuna. La familia de ella había condicionado futuras transmisiones patrimoniales a la realización de un *prenup*. El Sr. Granatino en el momento de la firma del acuerdo se dedicaba a la banca y sus perspectivas económicas derivadas de su carrera profesional eran positivas. El futuro esposo no recibe asesoramiento legal, ni tampoco información sobre el patrimonio de su futura esposa. En realidad, de acuerdo a la Ley alemana, que es la ley elegida para los efectos del matrimonio, tales requisitos no son necesarios para que un acuerdo prematrimonial sea vinculante para las partes. Los cónyuges residen en Londres durante todo el matrimonio y tienen dos hijas. El Sr. Granatino deja su carrera en la banca para hacer carrera académica en Oxford. Este cambio de rumbo profesional implicó que el Sr. Granatino sufriera una importante disminución de sus ingresos, lo que puede que influyera en que en esa época contrajo numerosas deudas. A los ocho años de casados, el matrimonio hace aguas y la esposa solicita el divorcio. El Sr. Granatino contraviniendo lo pactado en el acuerdo prematrimonial reclama a su esposa “*ancillary relief*”.

46. La historia judicial del caso es la siguiente: en una primera instancia, en el año 2008, el *prenup* no es tenido prácticamente en cuenta por el juez<sup>101</sup>. El razonamiento está basado en que el acuerdo prematrimonial no se ajusta las exigencias del *Consultation Document* o *Green Paper* conocido como “*Supporting families*”<sup>102</sup>. En este documento, en el apartado 4.23, se recogen una serie de criterios que de no cumplirse harían que el acuerdo no fuera legalmente vinculante para las partes, *ad ex.*, la necesidad de asesoramiento legal independiente, que cada cónyuge informe sobre su patrimonio al otro, que el acuerdo se firme al menos 21 días antes de contraer matrimonio, entre otros requisitos. La juez considera que el acuerdo no puede ser vinculante debido a que el marido no recibe asesoramiento legal independiente y no se le informa del patrimonio de la esposa, además, tampoco se realiza ninguna previsión sobre los hijos en el acuerdo ni se recoge ningún tipo de pensión en caso de necesidad<sup>103</sup>. De este

<sup>101</sup> [2008] EWHC 1532.

<sup>102</sup> Documento publicado por la Home Office en 1998.

<sup>103</sup> Los argumentos de la juez para no dar validez al acuerdo son “a) *There was no disclosure of the parties’ assets. The clause was originally included but was omitted on the direct instructions of the Wife. This was deliberate and, having heard her evidence, I am satisfied that she did not discuss this decision with her future Husband because she wanted to keep her asset base secret (...)* The lack of proper disclosure would not affect the validity of a pre-nuptial contract in Germany but I consider that it is a relevant factor under English Law because without full knowledge of the assets it is impossible for any party to make a fully informed decision. b) *The Husband had no realistic opportunity to take proper independent legal advice on the terms of PNC. The German draft was, as I have found, only shown to him about 7 days prior to final execution. Whilst I accept that a notary has an independent role within the German legal system, I note that Dr NM took instructions from the R family, prepared the draft, amended it upon R instructions, had no input from the Husband at all and was paid by the R family. In that sense he was not truly independent and, whilst I am confident that he explained the terms to the parties in accordance with his duty under law, that does not mean that the Husband received independent legal advice(...)* c) *Of course, the Husband was a man of commerce, came from a tradition where such pre-nuptial contracts are commonplace and knew that under the PNC he was making no, and could make no, claims upon divorce under German Law. However, to my mind, neither that knowledge, his background nor the information he was given are the same as understanding the full legal consequences of his decision or its later enforceability.* d) *The agreement made no provision for either party even in the event of the birth of children. Normally, the omission of this type of consideration redounds to the disadvantage of women but, in fairness, the birth of children alters the relationships and priorities of both sexes. Therefore the arrival of children can transform an ambitious man dedicated to his work into a father who sees a new role which demands more family commitment at the cost of earnings. The Husband in this case portrays himself as that type of man. The Wife states that his devotion to the children became more manifest upon the separation and she may well be correct. However, often it is only at the point of loss that the children’s company on an easy and regular basis becomes doubly prized. It is clear that during the course of this marriage – in 2003 to be precise – the Husband, who had been unhappy in his work for some time, told the Wife that he wished to change direction and became a research student. I deal with the Husband’s motivation elsewhere but I am conscious that one of the reasons that he wanted to change his job was so that he could spend more time with his family. In this marriage the birth of children was a real factor which affected the Husband’s ability to earn substantial sums. The fact that the PNC made no provision in such*

modo, condena a la esposa a pagarle alrededor de 6.000.000 de Libras esterlinas, lo que implicaría que anualmente debería pagarle 100.000 libras esterlinas de por vida, comprarle un casa en Londres y otra en Alemania, un coche, y además, tenía la obligación de abonarle 35.000 Libras esterlinas por cada hija hasta que las menores acabaran su educación.

La esposa, lógicamente, recurrió la decisión ante la *Court of Appeal*<sup>104</sup>. El tribunal consideró que en primera instancia no se había concedido suficiente peso al acuerdo. De hecho, entendió que la suma de dinero concedida al Sr. Granatino debía hacerse en concepto de padre de dos hijas pero no con el fin de cubrir sus necesidades a largo plazo<sup>105</sup>. De este modo, la *Court of Appeal* consideró como no relevante que el acuerdo no cumpliera con algunas de las exigencias del *consultation document*, ya que las circunstancias del caso hacían necesario tener en cuenta el acuerdo.

El Sr. Granatino disconforme con el fallo de *Court of Appeal* acude a la *Supreme Court*. La sentencia del Alto Tribunal fue muy esperada debido a que las visiones entre la primera instancia y la *Court of Appeal* habían diferido considerablemente.

## b) El test a superar por un *prenup* para ser válido ante los tribunales ingleses

47. El razonamiento de la *Supreme Court* parte de los siguientes cuatro aspectos<sup>106</sup>: 1) la competencia del Tribunal para conceder “ancillary relief” no se menoscaba por la existencia del acuerdo<sup>107</sup>. Las partes bajo ningún concepto pueden excluir la intervención de los tribunales. Sin embargo, esto no obsta para que al acuerdo pueda atribuírsele el peso que le corresponde; 2) se deja atrás la vieja regla sostenida en *Hyman v. Hyman* de que los acuerdos que regulan una futura separación matrimonial atentan contra el orden público. Es más, esta consideración no sólo se aplica a los acuerdos postmatrimoniales, también se extiende también a los prematrimoniales<sup>108</sup>; 3) como consecuencia de lo anterior, el Tribunal no diferencia entre acuerdos prematrimoniales y postmatrimoniales a la hora de considerarlos válidos. Les proporciona el mismo tratamiento a diferencia de lo considerado en *Macleod v. Macleod*, donde los acuerdos realizados durante el matrimonio son considerados contratos, mientras que los prematrimoniales no alcanzan tal consideración<sup>109</sup>; 4) los tribunales deben aplicar los mismos principios de “ancillary relief” tanto a los acuerdos prematrimoniales como a los acuerdos postmatrimoniales<sup>110</sup>.

---

*circumstances and indeed omitted any consideration of such factors is a flaw which I consider makes the deal, prima facie, unfair. e) The most obvious unfairness of the PNC is that it provides no prospect of any financial settlement even in the case of real need. In 1998 neither party could have foreseen how their finances might unfold during the marriage. For example, it was possible that the Husband might have become a billionaire, whilst the Wife might have lost funds. In that situation, if this agreement were simply upheld it could have produced a grave injustice to her. I expect that, in those circumstances, the English Courts in accordance with present Authority, would have been minded to right that perceived wrong. Discrimination upon gender lines is, quite correctly, not tolerated in these Courts; therefore if injustice could apply to a wife in particular circumstances then it should equally well apply to a husband if the factual matrix has turned to his disadvantage. This Court will not discriminate between the sexes where it is the Wife who has amassed great riches whilst the Husband has suffered a financial downturn. In this case the agreement, its validity under another (and chosen) system of Law and the parties' actions/nationalities are all dynamic factors but the reality of injustice (if any) is always fact specific and must be considered carefully. I will set out my detailed findings in that regard herein below”, [2008] EWHC 1532, apartado 38.*

<sup>104</sup> *Radmacher v. Granatino*, [2009] EWCA Civ 649.

<sup>105</sup> *Radmacher v. Granatino*, [2009] EWCA Civ 649, apartado 149, “Like my Lords, I conclude that the judge erred in not giving decisive weight to the contract in the exercise which she conducted under s.25. The result is that relief should have been granted to the husband only indirectly, in his capacity as a home-maker for the girls”.

<sup>106</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42.

<sup>107</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartados 17-30.

<sup>108</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 52.

<sup>109</sup> En *Macleod v. Macleod* [2008] UKPC 64, apartado 31. En este asunto el Tribunal básicamente consideraba que un acuerdo prematrimonial no podía considerarse un contrato principalmente por dos razones: a) es un acuerdo celebrado antes de contraer matrimonio y por tanto, antes de contraer sus obligaciones y derechos. Es más, las cuestiones que se estipulan en el mismo obedecen a un futuro incierto; b) puede existir cierta coacción para firmar el acuerdo, en palabras del tribunal, el *prenup* es el precio que uno de los cónyuges debe pagar. Para la *Supreme Court* tal razonamiento es erróneo, ya que, aunque puede existir presión en el momento de firmar en un acuerdo prematrimonial, del mismo modo puede existir en un acuerdo postmatrimonial. El Tribunal considera que no hay razón para aplicar principios diferentes sólo en función de si el acuerdo se celebró antes o después del matrimonio

<sup>110</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 63.

48. Estos principios de los que parte el Tribunal le permiten llegar a una regla general que básicamente consiste en que los acuerdos matrimoniales (los celebrados tanto antes como después del matrimonio) son pactos libremente realizados por unas partes que conocen las implicaciones de los mismos<sup>111</sup>. Así, salvo que las circunstancias lo requieran, el acuerdo será vinculante para las partes.

49. De este modo, son las circunstancias o datos del caso los aspectos esenciales a analizar para saber si el acuerdo es vinculante o no para las partes. Este se puede decir que es uno de los aspectos esenciales que se establece en este asunto. La obligatoriedad del acuerdo para las partes vendrá del peso que el Tribunal que esté conociendo del asunto otorgue al acuerdo. En este sentido, la *Court Supreme* fija un test de justicia o equidad que el acuerdo debería superar para estimar su validez<sup>112</sup>. La realización de dicho test se realiza en dos fases donde se analizan dos categorías diferentes de criterios. Este test es el mismo que realizan los tribunales estadounidenses para analizar la validez de los *prenups*.

50. En la primera fase, el análisis se centra en el momento temporal que comprende desde la elaboración del acuerdo hasta la firma. Es decir, es una fase en la que los requisitos a analizar tienen que ver con la capacidad de las partes, el consentimiento, la información, el asesoramiento, etc. Elementos que le permitan conocer al juez que el acuerdo es equitativo, libre y justo desde su formación. La segunda fase se concentra en el resultado material que genera el acuerdo. En otras palabras, se analizan las cláusulas del acuerdo para saber si el resultado que genera es justo o injusto.

En primer lugar, en lo que podríamos denominar como la primera fase del análisis del *prenup*, el Tribunal literalmente denomina a los factores analizados como “*factors detracting from weight to be accorded to the agreement*”. La *Court Supreme* manifiesta que para que el acuerdo sea considerado un pacto libre sin influencias ni presiones, en el que las partes son conscientes de las implicaciones del mismo, es necesario analizar los siguientes aspectos: 1) *Información*. La información necesaria que les permita ser conscientes de la repercusión económica que tiene el *prenup*, ya que es el instrumento utilizado para regir los aspectos económicos del matrimonio desde su inicio hasta el final<sup>113</sup>; 2) *Ausencia de coacción, error o fraude*. El Tribunal señala que la presencia de cualquiera de estos factores hace muy improbable que el acuerdo se considere obligatorio<sup>114</sup>. La razón es que un acuerdo conseguido bajo una voluntad viciada es una manifestación de una posición dominante que busca obtener una injusta ventaja; 3) *Análisis del estado emocional de los cónyuges*. Las circunstancias de las partes en el momento de celebración del acuerdo, *ad ex.*, la edad, la existencia de matrimonio o de relaciones previas, la duración de éstas, son aspectos que permiten saber si ha existido presión para que una de las partes firme el acuerdo.

La *Supreme Court* considera que los requisitos recogidos en el *consultation document* relativos a la realización del acuerdo al menos en los 21 días previos al enlace, a la necesidad de asesoramiento legal independiente o a la de informar detalladamente sobre el patrimonio del otro cónyuge son deseables pero en ningún caso son requisitos que de no cumplirse invaliden *per se* el acuerdo<sup>115</sup>. Este parecer del Tribunal nos parece acertado. La celebración del acuerdo con un mínimo de días entre la firma y el enlace –30 días antes del enlace como recogen los PFD norteamericanos– puede llevar a la presunción de que el acuerdo se firmó sin coacción. Sin embargo, esto no tiene por que ser así. Es decir, el límite temporal no es un requisito que implique en todo caso ausencia de presión o coacción<sup>116</sup>. Así, *ad ex.*, puede darse la situación de un acuerdo que ha sido negociado durante meses, donde las partes han sido debidamente asesoradas e informadas y prestan libremente su consentimiento, pero que finalmente se firma a los pocos días de la boda, y que, por este hecho no se considere válido. En *sensu contrario*, puede suceder que un acuerdo impuesto al otro cónyuge, donde una de las partes no ha tenido capacidad de decisión pero cumple la formalidad de firmarse con más de un mes de antelación a la celebración del enlace sea válido. En definitiva, es un requisito más, que para la *Supreme Court* inglesa no tiene dema-

<sup>111</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 75.

<sup>112</sup> *Vid.* J.M. SHERPE, “Los acuerdos prematrimoniales...”, pp. 6 y ss.

<sup>113</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 69.

<sup>114</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 71.

<sup>115</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 69.

<sup>116</sup> *Vid.* J. M. SHERPE, “Los acuerdos prematrimoniales...”, p. 10.



siado peso. Este requisito es incorporado por legislador catalán, que en el art. 231.20 apartado primero del Código de Familia, señala que el acuerdo prematrimonial debe celebrarse antes de los treinta días previos al matrimonio.

51. En segundo lugar, el Tribunal denomina a los factores analizados en un segundo momento o fase como “*factors enhancing the weight to be accorded to the agreement*”. Como ya se adelantaba, en esta fase de análisis lo importante para el Tribunal es el contenido del acuerdo y los resultados que genera en los cónyuges. Para llegar a dichos resultados, la *Court Supreme* inglesa estudia en *Radmacher v. Granatino* una serie de factores. Estos factores deben quedar enmarcados en el principio de justicia. El acuerdo para ser válido debe ser justo. Se podría decir que esta segunda fase corresponde en el Derecho estadounidense a la *Second Look Doctrine*.

El Tribunal parte de que en un proceso de *ancillary relief* un acuerdo sería justo si tiene en cuenta los tres criterios establecidos en el asunto *Miller v. Miller*: necesidad, compensación y reparto de los bienes. El Tribunal señala que si el *prenup* recoge dichos aspectos del mismo modo como lo haría el Tribunal en caso de no existir acuerdo, éste perfectamente podría tener efecto<sup>117</sup>. La cuestión es que no siempre la idea de justicia sostenida por el Tribunal y la establecida en el acuerdo va a coincidir. La *Court Supreme*, consciente de tal extremo, considera que serán las circunstancias y los datos del caso los que permitirán determinar si el *prenup* es justo o no lo es. Las circunstancias que el Tribunal destaca que deben ser tenidas en cuenta para valorar si el acuerdo es justo son: 1) *Hijos*. La *Court Supreme* considera que los *prenups* no deben incluir disposiciones que perjudiquen el bienestar de cada uno de los hijos del matrimonio<sup>118</sup>; 2) *Autonomía*. La voluntad de las partes manifestada mediante su autonomía debe ser respetada, ya que *a sensu contrario*, el Tribunal estaría adoptando una actitud paternalista que en nada beneficia a las partes<sup>119</sup>; 3) *Bienes no matrimoniales*. De las palabras del Tribunal se puede entender como ya se estableció en asuntos como *White v. White* que los cónyuges tienen total libertad para hacer provisiones sobre su patrimonio privativo<sup>120</sup>. De hecho, en el asunto que nos ocupa, *Radmacher v. Granatino* las estipulaciones del *prenup* van dirigidas a proteger el patrimonio familiar de la Sra. Radmacher; 4) *Circunstancias futuras*. La validez de estipulaciones sobre cuestiones futuras van a depender en su mayoría de las circunstancias existentes en el momento de hacer valer el pacto, el Tribunal considera que es necesario tener en cuenta aspectos como la duración del matrimonio, la existencia de matrimonios previos, los roles asumidos durante el matrimonio, etc.<sup>121</sup>. Esto es así debido a que las circunstancias de cada caso serán los factores relevantes. La consideración de la previsión en un acuerdo prematrimonial de la estricta separación de bienes en un matrimonio que ha durado veinte años, que cuando pactaron el *prenup* ambos acababan de iniciar su carrera profesional con grandes pretensiones, pero que al poco tiempo la esposa deja de trabajar fuera de casa para cuidar al marido y a los hijos, no puede ser la misma que el de un matrimonio que se casa por segunda vez y realiza un acuerdo prematrimonial con el fin de proteger bienes privativos generados con anterioridad a contraer matrimonio.

52. Por lo tanto, un acuerdo será considerado justo si las partes han tenido la información necesaria como para conocer los efectos del acuerdo, si no han existido vicios en el consentimiento, si no hay disposiciones que perjudiquen a los hijos, si el acuerdo tiene como fin regular los bienes privativos de los cónyuges y si las circunstancias no han cambiado de tal forma que hagan que el acuerdo resulte injusto. En atención a este razonamiento el Tribunal da la razón a la Sra. Radmacher debido a que considera el acuerdo vinculante, ya que el mismo fue celebrado por el Sr. Granatino libremente y siendo consciente de sus implicaciones, no deviniendo en injusto para el marido que el acuerdo se cumpla. En esta sentencia únicamente hay opinión disidente de la Baroness Hale, que, aunque está de acuerdo en muchos aspectos, hace énfasis en algunas cuestiones como las siguientes: 1) No está de acuerdo en que los *ante-nuptial agreements* sean contratos vinculantes; 2) Considera que existen diferencias entre los acuerdos celebrados antes y después del matrimonio. Diferencias que deben hacer que no compartan

<sup>117</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 75.

<sup>118</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 77.

<sup>119</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 78.

<sup>120</sup> *White v. White* [2000] UKHL 54.

<sup>121</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 82.

la misma naturaleza, su parecer se acerca más al de *Macleod v. Macleod*; 3) No comparte la forma en la que el tribunal aplica el test de justicia, ya que considera que es “*an impermissible gloss upon the courts’ statutory duties*”<sup>122</sup>; 4) Del mismo modo, no está de acuerdo con el resultado al que se llega debido a que considera que es incongruente con la importancia que la Ley inglesa otorga al matrimonio. En su opinión es una cuestión de orden público en el ordenamiento jurídico inglés apoyar a la institución del matrimonio y animar a los cónyuges a seguir casados más que animarles a divorciarse<sup>123</sup>.

#### D) El estado de la cuestión tras *Radmacher v. Granatino*

53. *Radmacher v. Granatino* ha abierto la puerta a considerar los acuerdos prematrimoniales válidos y vinculantes para las partes. Como ya se ha señalado, en dicha sentencia los acuerdos prematrimoniales no son considerados nulos por ser contrarios al orden público, sino que son vistos como una vía para que un futuro matrimonio organice las cuestiones patrimoniales nacidas a raíz de la unión matrimonial con plena autonomía. Así, como bien destaca la *Supreme Court* en *Radmacher v. Granatino*, son las circunstancias del caso las que determinarán el peso del acuerdo. Para el alto tribunal el acuerdo celebrado libremente es vinculante entre las partes salvo que sea injusto. A través de *Radmacher v. Granatino* es posible observar un cambio de tendencia que pretende acercar el Derecho Inglés y de Gales hacia el resto de legislaciones europeas en los que la validez de los pactos entre cónyuges es más que habitual.

54. Sin embargo, la realidad es que, aunque la citada sentencia ha implicado un cambio de rumbo, todavía en Inglaterra y Gales los pactos prematrimoniales entre cónyuges no tienen el rango contractual asegurado. Esta situación genera bastante imprevisibilidad e inseguridad jurídica a las partes, puesto que no saben con certeza si lo recogido en un *prenup* será mantenido o no por un tribunal. De este modo, con el fin de paliar dicha situación, la *Law Commission* ha publicado en febrero de 2014 un informe titulado *Matrimonial Property, Needs and Agreements* donde propone modificar la Ley actual en Inglaterra y Gales respecto a la propiedad matrimonial y los acuerdos entre cónyuges<sup>124</sup>. Esta propuesta propone una guía a los matrimonios y a las parejas de hecho –denominadas en el Derecho inglés *civil partnership*– para que puedan organizar su situación patrimonial tras un divorcio o una ruptura. Es más, el informe incluye una propuesta de ley que recoge una posible regulación de los acuerdos matrimoniales a los que denomina como “*qualifying nuptial agreements*”.

55. Las cuestiones más relevantes que la *Law Commission* propone cambiar son:

a) Respecto a los *financial needs*, la *Law Commission* el principal problema que observa es la falta de transparencia en la actual regulación y la inconsistencia en la aplicación de la misma<sup>125</sup>. Esto da

<sup>122</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 169, donde Lady Hale propone cómo debería ser el test que debería superar un acuerdo prematrimonial para ser válido: “*It seems to me clear that the guiding principle in White, Miller and McFarlane is indeed fairness: but it is fairness in the light of the actual and foreseeable circumstances at the time when the court comes to make its order. Those circumstances include any marital agreement made between the parties, the circumstances in which that agreement was made, and the events which have happened since then. The test to be applied to such an agreement, it seems to me, should be this: “Did each party freely enter into an agreement, intending it to have legal effect and with a full appreciation of its implications? If so, in the circumstances as they now are, would it be fair to hold them to their agreement?” That is very similar to the test proposed by the majority, but it seeks to avoid the “impermissible judicial gloss” of a presumption or starting point, while mitigating the rigours of the MacLeod test in an appropriate case. It allows the court to give full weight to the agreement if it is fair to do so and I adhere to the view expressed in MacLeod that it can be entirely fair to hold the parties to their agreement even if the outcome is very different from what a court would order if they had not made it. It may well be that Lord Mance is correct in his view that the difference between my formulation and that of the majority is unlikely to be important in practice. I would prefer not to take that risk*”

<sup>123</sup> *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 159.

<sup>124</sup> El texto de la *Law Commission* está disponible en [http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc343\\_matrimonial\\_property.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc343_matrimonial_property.pdf) (consultado el 8 de julio de 2014). Para un breve comentario sobre esta propuesta vid. E. COOKE, “The Law Commission’s report on matrimonial property, needs and agreements”, *Family Law*, March 2014, pp. 304 y ss.

<sup>125</sup> *Matrimonial Property, Needs and Agreement*, p.40, apartado 3.60. *The Law Commission* en la p. 6, apartado 1.26 justifica así la necesidad de transparencia en la ley: “*Transparency in the Law is a necessity, not a luxury. It is not realistic to insist*

lugar a que las partes no sepan qué deben asumir cuando las *financial needs* deben ser cubiertas en una separación o divorcio. Esto es así debido a que *the Matrimonial Causes Act 1973* es muy parco al definir *financial needs* señalando únicamente que son “*obligations and responsibilities which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future*”. De este modo, con el fin de paliar esta situación la *Law Commission* propone a la *Family Justice Court* que debe clarificar esta figura. Además, propone que la forma de hacerlo es mediante dos guías o conjunto de instrucciones que la *Family Justice Court* debe realizar y dirigir a dos grupos diferenciados: los tribunales y el público en general<sup>126</sup>. Desde nuestro punto de vista, uno de los mayores problemas a los que se enfrentan los acuerdos prematrimoniales para ser válidos en el Derecho inglés son las *financial needs*<sup>127</sup>. La razón es que si un *prenup* no hace una adecuada previsión de este aspecto, la probabilidad de que un juez lo declare nulo es muy alta. Las *financial needs* son las obligaciones más importantes que las partes deben asumir con respecto al otro cónyuge o los hijos en caso de divorcio. Por lo tanto, una clarificación de qué cubre este término va a dar seguridad a las partes que quieren formalizar un *prenup*, ya que si cubren los aspectos que la Ley inglesa exige como *financial needs*, el acuerdo es menos probable que sea considerado injusto.

b) Respecto a los acuerdos entre cónyuges hay que destacar tres aspectos:

i. Recomienda que los acuerdos entre cónyuges, ya celebrados antes o después del matrimonio, no deberían ser considerados nulos o contrarios al orden público por el hecho de prever las consecuencias de una futura separación o divorcio.

ii. Recomienda que las secciones 34 a 36 de *the Matrimonial Causes Act 1973* que regulan los acuerdos de alimentos –*maintenance agreements*– deben ser modificadas para poder incluir a los acuerdos prematrimoniales.

iii. Recomienda introducir en el ordenamiento jurídico de Inglaterra y de Gales una figura jurídica denominada *qualifying nuptial agreements*. Esta figura implica que si un acuerdo celebrado antes o después del matrimonio cumple los criterios que se exigen para llegar a ser un *qualifying nuptial agreement* debe ser considerado válido y vinculante para los tribunales. La intervención de los tribunales ingleses ante un acuerdo cualificado quedaría relegada a que dicho pacto no hubiera cumplido con las necesidades económicas que la ley exige respecto al cónyuge menos pudiente o los hijos. Los requisitos que señala *the Law Commission* en la propuesta son los siguientes:

1) El acuerdo matrimonial debe ser un contrato válido para la Ley de Inglaterra y Gales. Así, en el supuesto de que el pacto matrimonial haya sido celebrado conforme a una Ley diferente, debe para poder ser considerado un “acuerdo cualificado” ser un contrato válido para el Derecho inglés y Gales;

2) El acuerdo no debe haberse firmado bajo coacción;

3) La necesidad de formalizar el acuerdo en escritura pública;

4) El pacto entre cónyuges debería contener una cláusula donde se recoja que ambas partes entienden los términos del mismo y que en base al mismo se excluye que los tribunales puedan hacer previsiones sobre cuestiones económicas derivadas del matrimonio, salvo en los casos en los que una parte se vea desprovista de las *financial needs*.

5) El acuerdo no debería firmarse con menos de 28 días de antelación antes de la celebración del matrimonio.

6) Las partes deberían recibir información sobre el patrimonio del otro al momento de celebrar el acuerdo.

---

*that lack of clarity about financial needs is acceptable because the term is well-understood by lawyers, as many lawyers have told us. So we take the view that accessible guidance is an important step forward”.*

<sup>126</sup> Un aspecto a tener en cuenta es que como señala el informe *Matrimonial Property, Needs and Agreement*, p. 4, apartado 1.17 la mayoría de los acuerdos para establecer las *financial needs* son negociados y fijados fuera de los tribunales, ya que la mayoría se decide en privado y en muchas ocasiones sin asesoramiento legal.

<sup>127</sup> En el mismo sentido la *Commissioner E. COOKE*, “*The Law Commission’s...*”, p. 305, donde señala “*we took the view that it should not be possible to make a binding contract (ousting the courts’s discretion) that could excuse either party from making provision for the other’s ‘financial needs’, in the specialised sense that a family lawyer understands that term*”.

7) Las partes deberían recibir asesoramiento legal por separado, especialmente respecto a dos aspectos: a) que el acuerdo implica la exclusión de los tribunales para tomar decisiones respecto a las cuestiones económicas derivadas del divorcio o de la separación; b) el efecto que sobre sus derechos tiene el acuerdo. La *Law Commission* considera que la constatación de que ese asesoramiento legal ha tenido lugar debería realizarse mediante la firma de una declaración por parte de los abogados y de los clientes donde se recoja que las partes han sido debidamente asesoradas respecto a esos extremos.

### E) Consideraciones finales

56. La propuesta de la *Law Commission* respecto a los acuerdos matrimoniales es, en definitiva, que los acuerdos se clasifiquen dentro de dos tipos. Los cualificados y los no cualificados. A nuestro entender los acuerdos cualificados serían válidos prácticamente en todo caso, ya que para eso han cumplido los requisitos que la ley exige. La fijación clara de unos parámetros que las partes deben seguir para formalizar un acuerdo matrimonial no resuelve todos los problemas jurídicos que pudieran derivarse de la contratación entre cónyuges, ya que, el pacto entre cónyuges implica muchos resquicios a tener en cuenta. Sin embargo, este tipo de regulaciones presentan la ventaja de que al menos las partes saben lo que la ley exige para que un acuerdo sea válido y así saben a qué atenerse. Sin embargo, cabría preguntarse qué pasaría con los acuerdos que no siguen estos criterios, qué consideración jurídica tendrían por los tribunales. La realidad es que no hay nada aprobado por ley, y que, por lo tanto, actualmente la validez de los acuerdos prematrimoniales en Derecho inglés goza de bastante incertidumbre.

57. Se podría decir que el Derecho inglés se encuentra a un paso por detrás del Derecho estadounidense. Dos motivos podrían sustentar esta afirmación: 1) *Contenido del pacto*. La libertad material en el Derecho inglés está más acotada que en el Derecho de EE.UU. En Derecho inglés sólo podrían incluirse en el pacto cuestiones económicas. Los pactos sobre los hijos y otras cuestiones personales van a tener escaso o poco peso para el tribunal en caso de que tuviera que conocer del asunto. Así, podemos decir que a diferencia de la concepción *amplia* que predicábamos del Derechos de los Estados Unidos, la concepción sobre los *prenups* en Inglaterra es materialmente reducida o *estrecha*; 2) *Mayor intervención de los tribunales*. La intervención de los tribunales ingleses en la modificación o adaptación del acuerdo prematrimonial es mayor que la de los norteamericanos. En el Derecho inglés desde *Radmacher v. Granatino* podemos decir que la presunción de que son contrarios al orden público ha caído para dejar paso a otra diferente: el pacto prematrimonial es vinculante siempre que haya sido celebrado libremente por las partes. Sin embargo, aún así, en Derecho inglés, a diferencia del estadounidense, los *prenups* no tienen naturaleza contractual. Esto da luz verde a los tribunales para moldear o modificar el acuerdo en función de las circunstancias y de las necesidades de los cónyuges siempre con una poderosa razón para no respetar lo acordado: la justicia. Por lo tanto, hoy por hoy acudir a los tribunales ingleses para hacer valer lo pactado en un *prenup* puede tener como resultado cualquier situación. Prueba de esta afirmación es uno de los últimos asuntos sobre este tema resuelto por la *High Court*<sup>128</sup>.

## III. Los acuerdos prematrimoniales en Derecho material español

### 1. Regulación legal del *prenup* en Derecho civil español

58. La posibilidad de pactar entre cónyuges estuvo prohibida hasta el año 1975. La Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, es la que introdujo aspectos tan trascendentales como que la mujer tuviera capacidad jurídica y, por tanto, que pudiera actuar en el tráfico económico sin la representación de su marido<sup>129</sup>. Otro aspecto crucial

<sup>128</sup> *Luckwell v. Limata*, [2014] EWHC 502.

<sup>129</sup> BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1975. Como señala L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, Derecho de familia y de la

que introdujo la citada ley respecto a los pactos entre cónyuges fue la legalidad de realizar capitulaciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio<sup>130</sup>. La posterior entrada en vigor de la Constitución española y de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, determinó que partir de esta época es cuando se podría legalmente hablar de la posibilidad de realizar un acuerdo prematrimonial en el ordenamiento español<sup>131</sup>. Estos cambios hicieron posible la igualdad entre los cónyuges permitiendo que éstos pudieran disponer de consecuencias económicas y personales derivadas de su unión. El afianzamiento de esta libertad se persiguió con la última modificación al Código Civil realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, los aspectos más novedosos que introdujo son conocidos por todos: la eliminación de las causas de divorcio y la legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>132</sup>.

**59.** El Código Civil no establece ninguna regulación específica respecto a los acuerdos prematrimoniales. Como ya se estudiará, esta falta de regulación también va a tener efectos para el Derecho internacional privado, puesto que no existe una norma de conflicto que determine la ley aplicable a este tipo de acuerdos<sup>133</sup>.

**60.** Sin embargo, esta falta de regulación en el ordenamiento español no es total, ya que las legislaciones forales se ocupan de regular una figura contractual que denominan “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”. Pactos que, como bien se recoge en los textos forales, pueden celebrarse antes o después del matrimonio. El Derecho de familia catalán merece especial mención por regular de forma expresa este tipo de acuerdos mediante la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia<sup>134</sup>.

El art. 231.20 del Código Civil catalán recoge mediante el título “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial” una serie de aspectos en los que se muestra una clara influencia de los *case law* estadounidenses sobre *preuptial agreements*. Como se ha estudiado en la parte de Derecho comparado, los tribunales del *Common Law* han incidido en los muchos casos que se le han planteado en aspectos claves que pueden condicionar la validez del acuerdo, *ad ex.*, el tiempo de antelación que ha transcurrido entre la celebración del acuerdo y del matrimonio, la renuncia a derechos por parte de uno de los cónyuges, la necesidad de que las partes estén informadas y asesoradas para que el acuerdo sea válido. Todos estos aspectos controvertidos de los acuerdos prematrimoniales los ha querido regular el legislador catalán. Así, este artículo 231.20 señala lo siguiente:

*“1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenuptiales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio.*

*2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los*

---

persona, Bosh, Barcelona, 2007, p. 42, “*El marido era el representante de su mujer, que no podía comparecer en juicio sin su licencia (art. 60 CC, en su redacción originaria); ni podía, sin dicha licencia, adquirir bienes a título oneroso o gratuito, enajenar sus bienes ni obligarse, bajo sanción de nulidad (art. 61 CC, en la redacción primera); y ni siquiera tenía la disposición por sí sola de sus bienes parafernales (art. 1387 CC, en su primitiva redacción)*”.

<sup>130</sup> Hasta la entrada en vigor de esa ley, los cónyuges sólo podían llevar a cabo capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio. Lo dispuesto en las mismas era inalterable. La autonomía de la voluntad de las partes quedaba supeditada a lo que se dispusiera con anterioridad a la celebración del matrimonio. Esta prohibición impuesta a los cónyuges obedecía según la Exposición de motivos del Proyecto de Ley sobre la reforma a que se quería evitar que la mujer coaccionada por el marido modificara aspectos de su régimen económico matrimonial en su propio perjuicio. Para un mayor detalle *vid.* A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Capítulo II: Las capitulaciones matrimoniales”..., pp. 609 y ss.; J.L. LACRUZ BERDEJO, *El nuevo derecho civil de la mujer casada*, Civitas, Madrid, 1975, pp. 31 y ss.

<sup>131</sup> BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

<sup>132</sup> BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

<sup>133</sup> *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., p. 180.

<sup>134</sup> BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

*pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.*

*3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.*

*4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.*

*5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron”.*

**61.** A pesar de que es en el Derecho civil catalán donde más se regula sobre esta materia, no obsta que otros Derechos forales también recojan de forma menos explícita disposiciones a favor a los pactos entre los cónyuges, ya se realicen antes o después de la celebración del matrimonio. Así, *ad ex.*, el art. 185 del Real Decreto legislativo, del gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las leyes civiles aragonesas, señala que los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares mediante capitulaciones o cualquier otro tipo de pacto, bien antes o después de contraer matrimonio. Prácticamente en el mismo sentido, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia en su art. 172 precisa que los cónyuges disponen de total libertad para pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación de la sociedad de gananciales con plenos efectos al disolverse la misma. Esta es una forma suave de dar luz verde a los pactos en previsión de ruptura. A diferencia de los dos derechos forales anteriores, se puede destacar el Título IV de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat de Régimen Económico Matrimonial Valenciano donde con más nivel de detalle se regula la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales. Es más, el art. 25 de la citada ley valenciana recoge hasta un posible contenido que las capitulaciones o pactos podrían tener, este es: “*se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio*”.

## **2. La cabida legal de los *prenups* en el ordenamiento jurídico español**

**62.** La falta de regulación de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho civil común español hace plantearse si es posible que un acuerdo de este tipo pueda ser admisible en el ordenamiento jurídico español. La cuestión surge debido a que como se trata de acuerdos sobre materia de familia en la que muchas veces se incluirán aspectos que pueden ser controvertidos –renuncia pensión compensatoria, régimen de visitas de los hijos, adjudicación patrimonio familiar– cabe plantearse si la figura en sí, si este tipo de acuerdos podría estar justificado legalmente dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En nuestra opinión dos son los razonamientos jurídicos que pueden apoyar la legalidad de la figura del acuerdo prematrimonial en el ordenamiento jurídico español:

1º) *La consideración de los acuerdos prematrimoniales como contratos.* En ese caso su validez se sustenta en base a las reglas del Derecho de los contratos. Estas reglas son: autonomía de la voluntad y libertad de pacto (art.1255 CC). El propio Código Civil en su art. 1323 señala que “*los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*”. En definitiva, se puede pactar sobre cualquier asunto encontrándose las partes como límite, la ley, la moral y el orden público. Los acuerdos prematrimoniales perfectamente pueden cumplir los requisitos esenciales que exige el art. 1261 CC para que un contrato sea válido. Es decir, los contrayentes deben dar su consentimiento de forma libre (consentimiento libre de error, violencia, intimidación o dolo), deben

pactar sobre cuestiones de las que pueden disponer (objeto) y lo deben llevar a cabo por un propósito, movidos por algún fin o razón, ya sea oneroso o una mera liberalidad (causa)<sup>135</sup>. De este modo, los cónyuges pueden pactar en un documento privado los aspectos que consideren relevantes en relación a su matrimonio siempre que dicho pacto respete los requisitos de los contratos y las normas imperativas del ordenamiento jurídico español<sup>136</sup>.

2º) *La consideración de los acuerdos prematrimoniales como capitulaciones matrimoniales*. Los capítulos matrimoniales son la institución jurídica tradicional con la que el ordenamiento español cuenta para los pactos entre cónyuges. La cuestión que se nos plantea es si un acuerdo prematrimonial, figura regulada únicamente en las legislaciones forales y de origen anglosajón, podría tener cabida dentro de la figura jurídica de capitulaciones. Como ya se ha comentado, los acuerdos prematrimoniales se caracterizan por la variedad de su contenido, hay pactos que determinan desde el régimen económico hasta la renuncia a la pensión compensatoria por parte de uno de los cónyuges. La adaptación del *prenup* a lo que se considera capitulaciones puede no ser tan automática. Para llegar a una solución hay que plantearse un aspecto fundamental, y es, qué contenido cabría dentro del término capitulaciones matrimoniales de acuerdo al ordenamiento español. Entonces, cabría preguntarse si las capitulaciones matrimoniales se reducen exclusivamente a tratar cuestiones referentes al régimen económico matrimonial o si se pueden incluir otro tipo de cuestiones. Respecto al término capitulaciones ha existido un considerable debate doctrinal. La corriente doctrinal menos tradicional interpreta el término capitulaciones matrimoniales de forma amplia<sup>137</sup>. Este sector doctrinal se basa en el inciso final del art. 1325 CC donde se señala “*cualquiera otras disposiciones por razón del mismo*”. Esta última palabra, “mismo”, se considera que quiere decir “matrimonio”. La consecuencia de esta interpretación es que las capitulaciones matrimoniales son pactos que pueden versar sobre cualquier materia referente al matrimonio, ya tenga que ver con el régimen económico matrimonial o no. Así, de este modo, las capitulaciones matrimoniales pueden ser tanto los pactos que tienen por objeto aspectos relacionados con el régimen económico matrimonial como pactos que no estipulan nada sobre el régimen económico pero sí sobre otras cuestiones que afectan al matrimonio, *ad ex.* donaciones *propter nuptias* (art. 1341 CC), donaciones de bienes futuros en caso de muerte (art. 1341.2 CC) o también incluir pactos sucesorios en los que se prometa mejorar a uno de los cónyuges (arts. 826 y 827 CC). El art. 1326 CC señala expresamente que las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse tanto antes como después del matrimonio. En cuanto a los límites que el Código civil establece respecto a las capitulaciones podemos destacar tres de diferente naturaleza: 1) *temporal*: las previsiones recogidas en capitulaciones respecto a un futuro matrimonio quedarán sin efecto si no se contrae matrimonio en el plazo de un año (art. 1334 CC)<sup>138</sup>; 2) *formal*: las capitulaciones deben constar en escritura pública (art. 1327 CC); 3) *de contenido*: los pactos capitulares no pueden incluir estipulaciones que sean contraria a las Leyes, a las buenas costumbres o que limiten la igualdad de los cónyuges, ya que, de lo contrario, serían nulas (art. 1328 CC).

**63.** Así, por lo tanto, siguiendo la interpretación actual que realiza parte de la doctrina civilista sobre capítulos matrimoniales, es posible afirmar que estos pactos pueden albergar cualquier cuestión patrimonial que tenga que ver o no con el régimen económico matrimonial<sup>139</sup>. Aunque sí que es cierto

<sup>135</sup> Para un mayor detalle sobre el art. 1261 *vid.* L. Díez PICAZO / A. GULLÓN, *Sistema de Derecho...*, p. 150.

<sup>136</sup> STS de 3 de febrero de 2006 (RJ 2006/622 ); STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251 ), STS de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002/1619).

<sup>137</sup> Respecto a la parte de la doctrina que interpreta el concepto de capitulaciones matrimoniales de forma amplia *vid.* A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Capítulo II: Las capitulaciones matrimoniales”, en G. Díez- PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho de familia*, Thomson Civitas, 2012, pp. 591-592; L. Díez PICAZO/ A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 11.ª ed., Tecnos, 2012, p. 150; J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)”, *Boletín de Derecho de familia*, nº 81, julio 2008, p. 11; A. L. REBOLLEDO VARELA, “pactos en previsión de la ruptura matrimonial”, *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Aranzadi, 2008, 741; L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, *Derecho de familia...*, p. 31. L. CABEZUELO ARENAS, “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?”, págs. 2376 y 2377.

<sup>138</sup> Resolución de la DGRN de 17 de febrero de 2014, donde se denegó la inscripción de las capitulaciones matrimoniales por estar prescritas debido a que se había contraído el matrimonio más de un año después desde su otorgamiento.

<sup>139</sup> *Vid.* A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Capítulo II: Las capitulaciones matrimoniales”..., pp. 591-592; L. Díez PICAZO/ A. GULLÓN, *Sistema de Derecho...*, p. 150; J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos...”, p. 11.

que la determinación del régimen económico matrimonial es uno de los aspectos fundamentales de los pactos no tiene por que ser el único que las partes puedan incluir. Esta libertad de pacto en cuanto a cuestiones patrimoniales que afectan al matrimonio es una visión acorde con los tiempos que otros países europeos comparten<sup>140</sup>. Así, podría plantearse que igual que hace unos años el contenido de las capitulaciones matrimoniales era bastante limitado y ahora se ha extendido si también se podría extender el contenido de las capitulaciones a estipulaciones que nada tuvieran que ver con cuestiones económicas o patrimoniales, sino personales. El sentir de los Códigos Civiles de ordenamientos como el francés, el español y demás países de nuestro entorno en cuanto al contenido de las capitulaciones era en atención a la sociedad de la época, cuyas necesidades eran muy diferentes a las de hoy. Por tanto, igual que se incluyen cuestiones económicas muy variadas en las capitulaciones matrimoniales también deberían poder incluirse cuestiones personales –deber de fidelidad, convivencia común, socorro mutuo– puesto que los efectos personales, también son efectos del matrimonio. Siempre que no se menoscabe la igualdad entre los cónyuges, no se perjudique a los hijos y se respete el orden público, los futuros cónyuges deberían tener una libertad material amplia amparada por la autonomía de la voluntad. Todo ello, sin olvidar, que el contenido patrimonial de los acuerdos es el más importante jurídicamente hablando. Actualmente, los efectos personales del matrimonio a los que se refieren los arts. 67,68 y 69 CC han quedado reducidos a obligaciones morales, que no suelen dar lugar a reclamaciones judiciales para obligar a su cumplimiento<sup>141</sup>. De este modo, la inclusión de este tipo de cuestiones en acuerdos entre cónyuges quizás no tendría más vinculación que la voluntad de cumplimiento de los propios cónyuges. Esta visión amplia de los capítulos matrimoniales va a tener importancia para la determinación de la ley aplicable a los acuerdos prematrimoniales como posteriormente veremos en la parte internacional privatista del presente trabajo.

**64.** Del mismo modo, que el contenido de los acuerdos prematrimoniales y las capitulaciones pueden coincidir, en el mismo sentido, los *prenups*, al tratarse de acuerdos preventivos con vistas a una posible ruptura, se acercan a la naturaleza de otras figuras contractuales prevista para cónyuges en nuestro ordenamientos, como los pactos privados de separación o divorcio o el convenio regulador del art. 90 CC<sup>142</sup>. Por lo tanto, los acuerdos prematrimoniales pueden compartir cláusulas con los acuerdos de separación o el convenio regulador. La función de estos acuerdos es regular los términos de una ruptura una vez el matrimonio ya está roto. Es más, un acuerdo prematrimonial puede perfectamente servir como convenio regulador y presentarse en el proceso de separación o divorcio para que el juez lo homologue<sup>143</sup>. Sin embargo, la diferencia fundamental es que mientras que el acuerdo prematrimonial se celebra en previsión de una posible e incierta ruptura, los acuerdos privados de separación, al igual que el convenio regulador, son celebrados *ex post*, una vez que el matrimonio ya hace aguas y la ruptura es una realidad.

<sup>140</sup> En Derecho francés existe amplia libertad para pactar tanto antes como después del matrimonio. En cuanto al contenido, los futuros cónyuges pueden pactar todos los aspectos que consideren oportunos teniendo como límite el orden público (art. 225 CC francés) y las buenas costumbres (art. 1387 CC francés). El propio CC francés señala que la ley sólo impone un régimen económico matrimonial en defecto de acuerdo. En relación al contenido, el pacto no puede incluir cláusulas que limiten la libertad personal, *ad ex*. la prohibición de divorciarse o la posibilidad de volver a contraer matrimonio. Sin embargo, si son válidas las estipulaciones que limitan determinados derechos de uno de los cónyuges en caso de un nuevo matrimonio, *ad ex*. dejar de usar una propiedad que pertenece a uno de los cónyuges si se contraen nuevas nupcias. En ningún caso, los acuerdos entre cónyuges o futuros cónyuges pueden dejar sin efectos los derechos y deberes que surgen con el matrimonio, ni tampoco los relativos a la patria potestad y la tutela (art. 1388 CC francés). Por lo tanto, no es posible de acuerdo al Derecho francés que las partes pacten sobre la educación de los hijos o la guarda o custodia de los mismos (*Vid.* W. PINTENS, “Marital Agreements and Private Autonomy in Frances and Belgium”, en M. SHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, p. 81). Para un mayor detalle sobre los pactos entre cónyuges y los regímenes económicos matrimoniales en Derecho francés *vid.* F. TERRÉ/P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 2008.

<sup>141</sup> Este escaso valor jurídico de los efectos personales del matrimonio no es compartido en otros ordenamientos del mundo. Un ejemplo de ello son determinados ordenamientos de base musulmana en los que los efectos personales cobran un importante valor y cuyo incumplimiento puede dar lugar llevar no sólo a la disolución del matrimonio sino también a responsabilidades patrimoniales (*Vid.* A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., p. 150).

<sup>142</sup> *Vid.* J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos...”, pp. 11-12.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 12.



### 3. Contenido de los acuerdos prematrimoniales

65. Una vez estudiada la libertad de los cónyuges para pactar y el amparo legal de los pactos prematrimoniales tanto en Derecho civil común como en Derecho foral, es necesario destacar otra cuestión. En el ordenamiento español a diferencia de lo que sucedía en el Derecho inglés hasta hace muy poco tiempo, la admisibilidad del acuerdo prematrimonial no es un problema. Los dilemas jurídicos que suelen plantear este tipo de pactos no tienen que ver con la figura en sí misma sino con el tipo de cláusulas que se incluyen en el acuerdo. Como ya se adelantaba, un acuerdo prematrimonial pretende básicamente dos objetivos<sup>144</sup>: 1) determinar el régimen económico matrimonial al que se someterán los futuros cónyuges; 2) determinar los efectos patrimoniales y personales de una posible separación o divorcio. Junto con estos objetivos básicos también es posible utilizar los *prenups* como vía para donaciones *propter nuptias* u otorgar consentimientos y poderes.

66. Respecto a la determinación del régimen económico matrimonial, el acuerdo prematrimonial es una vía muy idónea para que los contrayentes establezcan desde un inicio qué régimen va a regir su matrimonio. El Derecho español permite total libertad a los cónyuges para que elijan el régimen que estimen más adecuado a su situación. Los regímenes matrimoniales regulados por el Código Civil son tres: el régimen de gananciales, el régimen de separación de bienes y el régimen de participación<sup>145</sup>. Sin embargo, esto no implica que los cónyuges tengan obligatoriamente que regirse por alguno de los tres regímenes mencionados. La libertad de pacto de los cónyuges es verdaderamente amplia debido a que los cónyuges pueden elegir cualquier régimen económico matrimonial, ya esté recogido en el Código Civil, en cualquier legislación foral o en una legislación extranjera<sup>146</sup>. Eso sí, el Código Civil, al igual que el Derecho foral, es preciso en el aspecto formal que debe seguir la determinación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial a través de capitulaciones matrimoniales, que es la escritura pública (art. 1327 CC). Es decir, el acuerdo prematrimonial que contenga la determinación del régimen económico por el que se van a regir los cónyuges debe formalizarse en escritura pública<sup>147</sup>. Del mismo modo que se determina el régimen también es posible fijar la liquidación del mismo mediante el acuerdo. Éste es uno de los mayores problemas que se pretende solventar con un acuerdo prematrimonial, especialmente cuando se trata del régimen de gananciales. Así, la atribución de un bien ganancial a uno de los cónyuges previa compensación al otro o la renuncia a la indemnización por contribuir a las cargas del matrimonio por la realización de trabajo doméstico (art. 1438 CC) han sido cláusulas estipuladas para la liquidación admitidas por los tribunales<sup>148</sup>.

67. Respecto a la determinación de los efectos patrimoniales y personales en un acuerdo prematrimonial es necesario recordar que como pacto *inter partes* que es, los contrayentes pueden regular prácticamente cualquier aspecto de su convivencia común. En este sentido, hay una serie de cláusulas

<sup>144</sup> Vid. A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, p. 52 y ss.

<sup>145</sup> Para un mayor detalle sobre el régimen económico de la sociedad de gananciales, vid. P. BENAVENTE MOREDA, "La sociedad legal de gananciales", en G. Díez Pícazo Giménez, *Derecho de familia*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 851-109; L. Díez -Pícazo /A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 160-214; Sobre el régimen de separación de bienes, vid. ISABEL ASUA GONZÁLEZ, "Capítulo 27. El régimen de separación de bienes", en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CUENA CASAS (DIRS.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 31-112; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, "La separación de bienes", en G. Díez Pícazo Giménez, *Derecho de familia*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 1205-1233; L. Díez -Pícazo /A. Gullón, *Sistema de Derecho...*, pp. 215-220. Respecto al régimen de participación, vid. E. ALGARRA PRATS, "Capítulo 28. El régimen de participación", en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CUENA CASAS (DIRS.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 118-318; J. ÁLVAREZ- SALA WALTHER, "El crédito de participación", en G. Díez Pícazo Giménez, *Derecho de familia*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 1233- 1267; L. Díez -Pícazo /A. Gullón, *Sistema de Derecho...*, pp. 222-229.

<sup>146</sup> Vid. A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, p. 53.

<sup>147</sup> Este requerimiento formal está dirigido a proteger a los terceros que van a verse afectados por el régimen económico matrimonial por el que se rijan las partes. La escritura pública es un requisito de validez formal *ad solemnitatem* para las capitulaciones matrimoniales en las que consta el régimen económico matrimonial, pero no lo es para el resto del contenido patrimonial o personal que pueda contener el acuerdo prematrimonial que no guarde relación con aquél.

<sup>148</sup> SAP Murcia de 29 de octubre de 2001 (JUR 2003/71008).

que se suelen incluir que son las que, en caso de desacuerdo entre los cónyuges, más dudas plantean a los tribunales españoles. Estas cláusulas podrían resumirse en las siguientes:

**68. a) La renuncia a la pensión compensatoria.** En atención al art. 97 CC la pensión compensatoria tiene la finalidad de compensar económicamente al cónyuge que debido a la separación o al divorcio va a quedar en una situación de desventaja económica respecto del otro cónyuge<sup>149</sup>. Es una forma de equilibrar el patrimonio de un cónyuge que va a sufrir un empeoramiento respecto a la situación que tenía durante el matrimonio. El citado artículo es una norma de derecho dispositivo, ya que dispone que, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, el juez deberá fijar su importe en atención a una serie de criterios que no son *numerus clausus*<sup>150</sup>. Así, lo consideró el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de diciembre de 1987 donde señaló que el art. 97 CC “(...)es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales si se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales (...)”<sup>151</sup>. Este carácter dispositivo de la pensión compensatoria permite plantear si es posible renunciar a dicha compensación mediante pacto prenupcial. La cuestión parece más clara si la renuncia se realiza una vez que ha tenido lugar la ruptura, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en la validez de la misma<sup>152</sup>. Sin embargo, no existe tal unanimidad cuando se realiza antes del matrimonio. Esto es así debido a que se pacta en un momento en el que las partes no conocen si la situación en el futuro será favorable como para renunciar a un derecho del que si concurren las circunstancias podrían beneficiarse. De las diferentes posturas que han mantenido los tribunales españoles se pueden señalar dos tesis:

*i) Tesis en contra de la renuncia de la pensión compensatoria.* Varios son los razonamientos que sustentan esta tesis: 1) Vulneración del orden público (art. 6.2 CC). La contrariedad al orden público básicamente reside en que no es posible renunciar a una mera expectativa de un posible derecho<sup>153</sup>; 2) Naturaleza alimenticia de la pensión compensatoria. Esto daría lugar a la vulneración del art. 151 CC, donde se recoge que no es posible renunciar al Derecho de alimentos al tratarse de un derecho indisponible<sup>154</sup>.

*ii) Tesis a favor de la renuncia a la pensión compensatoria.* Las bases jurídicas de esta teoría descansan en lo siguiente: 1) Posibilidad de renunciar a derechos futuros. Hay autores que consideran que es posible renunciar a derechos futuros, puesto que el art. 1271 CC permite que sean objeto de los contratos las cosas o derechos futuros, también es posible renunciar a ellos. La pensión compensatoria es un derecho dispositivo y se podría pactar su renuncia<sup>155</sup>. En el mismo sentido, de acuerdo al art. 6.2

<sup>149</sup> Sobre el derecho de pensión compensatoria *Vid.* L. DIEZ -PICAZO /A. GULLÓN, *Sistema de Derecho...*, pp. 126-128.

<sup>150</sup> Las circunstancias que señala el art. 97 CC que permiten al juez determinar la cuantía de la pensión compensatoria son: 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges; 2.ª La edad y el estado de salud; 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia; 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión; 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.

<sup>151</sup> STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174).

<sup>152</sup> *Vid.* A. L. REBOLLEDO VARELA, “pactos en previsión...”, pp. 737-738.

<sup>153</sup> Entre otras, SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 (AC 2000/151) en la que se recoge en “*la imposibilidad de renunciar de modo anticipado a la pensión compensatoria, en escritura pública de liquidación de la sociedad legal de gananciales, en base al argumento de que no cabe la renuncia a derechos o beneficios otorgados por las leyes, cuando éstos aún no han surgido ni se han integrado, en consecuencia, en el patrimonio del renunciante, no siendo posible, por tanto, renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, que, en el caso de la pensión compensatoria, nace en el momento de la separación, a condición de que se produzca un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación a la posición del otro, de tal manera que la renuncia a un futuro e hipotético e incierto derecho debe ser reputada nula de pleno derecho*”.

<sup>154</sup> *Vid.* A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, p. 79.

<sup>155</sup> STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174). Totalmente de acuerdo con el Profesor A. L. REBOLLEDO VARELA, “*pactos en previsión...*”, p. 749, donde señala que “*si nadie discute la eficacia de un convenio regulador no homologado judicialmente en que se renuncia a la pensión compensatoria cuyo derecho todavía no ha surgido —estrictamente surgirá con la sentencia de separación o divorcio— no tiene mucha razón jurídica hacer diferencias teniendo en cuenta el tiempo anterior más o menos*”.

CC es posible la exclusión voluntaria de la ley aplicable y renunciar a derechos cuando dichas renunciaciones no contravengan el interés o el orden público ni tampoco a terceros; 2) La renuncia a la pensión compensatoria no puede implicar en todo caso vicio en el consentimiento por desconocimiento de las circunstancias futuras. El hecho de renunciar a un derecho que podría perjudicar a una de las partes por las circunstancias futuras imprevistas no implica que la parte no haya dado su consentimiento libremente y con la información suficiente. Es más, si el pacto prematrimonial es firmado ante notario, éste ya habrá advertido de la situación que podría tener lugar de darse tales circunstancias en el futuro y las implicaciones de la renuncia. Así, los tribunales han venido aceptando la renuncia a la pensión compensatoria en un acuerdo prematrimonial siempre que la renuncia sea recíproca y no atente contra el principio de igualdad<sup>156</sup>; 3) Carácter indemnizatorio o resarcitorio de la pensión, no naturaleza alimenticio-asistencial<sup>157</sup>. Al considerarse un derecho disponible dirigido a paliar una situación de inferioridad económica en el momento de la ruptura, las partes son totalmente libres para hacer valer su derecho. Esta naturaleza hace que no esté justificada la intervención de los poderes públicos para modificar lo que las partes han considerado oportuno en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Por lo tanto, en definitiva, se podría decir que la renuncia a la pensión compensatoria podría ser totalmente admisible siempre y cuando sea recíproca y se salvaguarde el principio de igualdad. Esta necesidad de igualdad entre los cónyuges nos lleva a plantearnos si sería válida la renuncia aunque perjudique a uno de los cónyuges. Especialmente, en los supuestos en los que las circunstancias han cambiado de tal forma que dicho ejercicio de la autonomía de la voluntad perjudica gravemente a una de las partes. Cabría plantearse si en estos casos la renuncia carecería de validez, y si fuera así, a qué criterios se debe atender para considerar que las circunstancias no previstas perjudican a una de las partes. Diferentes sectores doctrinales y jurisprudenciales consideran que en los casos en los que las circunstancias han variado sustancialmente y de forma imprevisible quedando una de las partes perjudicada gravemente por dicha renuncia debería la misma no tenerse por válida<sup>158</sup>. Un perjuicio grave puede ser no contar con medios económicos suficientes como para poder subsistir, *ad ex.*, por accidente que incapacite a uno de los cónyuges, por abandono carrera profesional por el cuidado del hogar y de los hijos, por pérdida de empleo o entrada en concurso de acreedores del cónyuge empresario. Esta visión no es compartida por la DGRN que considera que sólo hay que velar por los hijos y el derecho de alimentos, no por la pensión compensatoria de los cónyuges, ya que es perfectamente renunciabile<sup>159</sup>. Por ese motivo, desde la DGRN se considera que los pactos de renuncia a la pensión compensatoria no requieren homologación judicial para la inscripción en el Registro.

Una cuestión a tener en cuenta es que la no validez de la renuncia en atención a circunstancias sobrevenidas que hacen que una de las partes sea gravemente perjudicada no obsta para que el resto del acuerdo prematrimonial sea válido.

**69.** Desde nuestro punto de vista la inclusión de la renuncia a la pensión compensatoria en un acuerdo prematrimonial como regla general puede ser perfectamente válida. La libertad de pacto entre las partes prima cuando se trata de derechos disponibles. Si el pacto es recíproco no debería haber razón para que la renuncia no fuera eficaz. El inconveniente a la renuncia podría existir en los supuestos en los

---

*amplio de presentación de la demanda. También se ha indicado que en el Código Civil se admite con carácter general los pactos y convenios sobre derechos futuros (art. 1271 CC)". Vid. también sobre la renunciabilidad a la pensión compensatoria J. MONTERO AROCA, *El convenio regulador en la separación y en el divorcio: La aplicación práctica del art. 90 del Código Civil*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2002, pp. 194 y ss; L. AGUILAR RUIZ/C. HORNERO MÉNDEZ, "Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, 2006, pp. 9 y ss.*

<sup>156</sup> STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9174); SAP Murcia de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/71008); SAP de Madrid, de 27 de noviembre de 2002 (JUR 2003/92086); SAP de A Coruña de 4 de abril de 2006 (JUR 2007\135060); SAP de Madrid, de 27 de febrero de 2007, FD 5º (JUR 2007\15141).

<sup>157</sup> SAP de Ciudad Real, de 2 de diciembre de 2002, FD 2º (JUR 2003\32630).

<sup>158</sup> SAP de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1588). *Vid.* también en el mismo sentido, T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 70 y 71; A. L. REBOLLEDO VARELA, "pactos en previsión de..." p. 753.

<sup>159</sup> Resolución de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8086); Resolución de 1 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6593); Resolución de 19 de junio de 2003 (RJ 2003/6172).

que las circunstancias hayan cambiado de forma tan considerable que perjudique gravemente a una de las partes. Este argumento jurídico podría basarse en la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, según la cual la causa o base que se tuvo en cuenta para llevar a cabo la renuncia ha cambiado<sup>160</sup>. El problema de admitir esta excepción a la validez puede resultar un arma de doble filo, o mejor dicho, una vía para plantear la ineficacia de la renuncia en todo caso, ya que, si el pacto prematrimonial se firmó veinte años atrás es obvio que las circunstancias de los cónyuges habrán cambiado. Por lo tanto, será el caso concreto, teniendo en cuenta la admisibilidad general a la renuncia de la pensión compensatoria, el que verdaderamente podrá indicar a un tribunal si efectivamente las circunstancias son tan sobrevenidas o inesperadas como para que la renuncia no sea válida por perjudicar gravemente a una de las partes.

**70. b) Indemnizaciones entre los cónyuges.** Un acuerdo prematrimonial puede dar cabida como ya se ha señalado a todo tipo de pacto. De este modo, sería posible incluir también indemnizaciones en el caso de que uno de los cónyuges incumpliera algunas de las obligaciones impuestas durante la convivencia. Así, una indemnización a destacar es por extinción del régimen económico matrimonial. Se fija una cantidad generalmente dineraria a pagar a uno de los cónyuges en el caso de extinción de régimen económico matrimonial<sup>161</sup>. Del mismo modo, también es posible recoger una cláusula donde se renuncie a la indemnización por extinción del régimen económico matrimonial<sup>162</sup>. Estos pactos indemnizatorios se encuentran como límite los derechos fundamentales y los principios esenciales sobre los que se sustenta la institución del matrimonio<sup>163</sup>. Así, no sería posible incluir una cláusula en la que se obliga a quien solicite el divorcio a pagar al otro una indemnización, puesto que atentaría contra el derecho a divorciarse<sup>164</sup>.

**71. c) Uso de la vivienda familiar.** La vivienda familiar suele ser el bien con más valor del matrimonio, y en muchas ocasiones, sólo es el único bien del patrimonio familiar. Por ese motivo, suele ser el bien sobre el que más disputas se concentran en los procesos de divorcio<sup>165</sup>. De la lectura del art. 96 CC se puede extraer la conclusión de que serán las circunstancias que existan en el momento de la separación o divorcio las que determinarán en gran medida si lo pactado vía acuerdo prematrimonial va a poder mantener su validez. Cuando hablamos de circunstancias nos referimos, *ad ex.*, a la existencia o no de hijos comunes, a qué progenitor se le asigna el cuidado de los hijos o a la situación económica de los cónyuges en ese momento. De este modo, la validez de las estipulaciones respecto a la vivienda familiar cuando no hay hijos comunes es más posible que sobreviva ante un juez que cuando existen hijos. El interés del menor siempre va a estar antes que cualquier previsión que las partes hayan realizado en cualquier tipo de pacto. De este modo, los cónyuges sin hijos van a tener bastante más libertad a la hora de fijar el uso o la adjudicación de la vivienda familiar<sup>166</sup>. Así, las cláusulas a incluir en un acuerdo prematrimonial sobre la vivienda familiar podrían ser muy variadas, *ad ex.*, la venta del inmueble en un corto período de tiempo desde que el matrimonio se disuelve, o que el cónyuge que use la vivienda pague total o parcialmente al otro un alquiler en otra diferente, o la adjudicación de la propiedad a uno de los cónyuges en contraprestación de que ayude al otro a acceder a una nueva vivienda.

<sup>160</sup> SAP de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1599), FD 1º.

<sup>161</sup> SAP de Álava, de 25 de abril de 2002.

<sup>162</sup> SAP de Murcia, de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/71008).

<sup>163</sup> *Vid.* A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, p. 92.

<sup>164</sup> En este sentido lo entendió la AP de Almería, de 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623), FJ 2º. Esta sentencia consideró nula una cláusula recogida en un acuerdo prematrimonial entre español y rusa donde se obligaba al marido a pagar a la esposa por cada día de matrimonio una cantidad dineraria en el caso de que la ruptura tuviera lugar. La AP consideró que esta cláusula que establecía la indemnización era realmente una cláusula penal. Su fijación implicaba penalizar el cese de convivencia lo cual va en contra del orden público matrimonial por considerarlo contrario a la moral, las buenas costumbres y la ética social. Por tanto, nula de acuerdo al art. 1328 CC. Para un mayor detalle sobre este tipo de cláusula *vid.* L. MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, "Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Aranzadi, 2014, pp. 1863-1874.

<sup>165</sup> *Vid.* C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales...*, p. 108.

<sup>166</sup> *Vid.* A. L. REBOLLEDO VARELA, "pactos en previsión de...", p. 95; *Vid.* también, L. AGUILAR RUIZ, "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, Aranzadi, 2014, p. 117.

72. *d) Fijación de custodia y/o régimen de visitas de los hijos.* Los acuerdos de los cónyuges respecto a menores no son vinculantes para un tribunal, aunque pueden ser tenidos en cuenta. No se permite en ningún caso un acuerdo entre cónyuges, ya celebrado antes o después de la celebración del matrimonio o incluso una vez que la crisis ya ha tenido lugar, que perjudique a los hijos menores de edad. No obstante, el acuerdo prematrimonial en el que se recogen estipulaciones respecto al régimen de visitas de los hijos puede alcanzar plena eficacia si se incorpora a la propuesta de convenio regulador y el juez aprueba éste. En este caso, de acuerdo al art. 90 CC apartado segundo, el juez estaría vinculado a los aspectos que proponen los cónyuges –pactados en un acuerdo prematrimonial posteriormente incluido en la propuesta de convenio regulador–, salvo en el caso de que sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges<sup>167</sup>.

73. *e) Pensión de alimentos.* La pensión de alimentos no es un derecho disponible por las partes como sí sucede con la pensión compensatoria<sup>168</sup>. En atención al art. 151 CC, el derecho de alimentos no es transmisible ni renunciabile<sup>169</sup>. Las partes podrían pactar las cantidades que les corresponderían al cónyuge y a los hijos en concepto de alimentos. De este modo, si el acuerdo prematrimonial se rige por la Ley española las partes deben tener en cuenta que tienen menos libertad de pacto que con respecto a otras cuestiones económicas derivadas de su matrimonio, ya que, prácticamente la libertad de pacto en cuanto a los alimentos sería en atención a la cuantía.

74. *f) Pactos sucesorios.* La regla general que descansa en el derecho civil común, a diferencia de derechos forales como el catalán, es que sobre la herencia futura no se puede pactar, salvo aspectos que tengan que ver con la división del caudal (art. 1271 CC). Sin embargo, hay cuestiones íntimamente relacionadas con el derecho sucesorio, como las donaciones de bienes futuros en caso de muerte o la promesa de mejorar o no mejorar (arts. 826 y 827 CC), que sí podrían pactadas en capitulaciones matrimoniales. Por lo tanto, se podría entender que esas mismas cuestiones sucesorias que se permiten vía capitulaciones también se podrían recoger en acuerdos prematrimoniales, siempre que se cumpla el requisito formal de escritura pública.

75. *g) Delimitación e indemnización de los deberes personales.* Los deberes personales de los cónyuges están recogidos en los arts. 66-68 CC. Las cuestiones que se plantean sobre este tipo de cláusulas son dos: 1) Admisibilidad; 2) Indemnización. En cuanto a la admisibilidad cabría plantearse si los cónyuges podrían modificar los genéricos deberes del Código Civil o añadir otros nuevos en su acuerdo prematrimonial. *Ad ex.* omitir el deber de socorro mutuo que señala el Código Civil y añadir la obligación de mantener relaciones sexuales al menos dos veces por semana. Para valorar la validez de este tipo de pactos sería necesario tener presente varios aspectos: a) La libertad de pacto debe permitir incluir también los pactos sobre aspectos personales. Es más, consideramos que este tipo de acuerdos donde se regulan o concretan deberes del día a día pueden hacer una convivencia más fácil<sup>170</sup>; b) el límite de estos pactos se encontraría en la transgresión de principios básicos del ordenamiento –libertad, igualdad,

<sup>167</sup> Para un estudio más profundo del convenio regulador, *vid.* L. Díez -PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho...*, pp. 120-122; A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, pp. 159-318.

<sup>168</sup> *Vid.* sobre los alimentos entre cónyuges M<sup>a</sup>. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.

<sup>169</sup> Sobre las diferencias entre la pensión de alimentos y la pensión de alimentos, STS de 9 de febrero de 2010 (RJ 2010/526), FD 3º, “*Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial*”.

<sup>170</sup> En contra C. PINTO ANDRADE, *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Bosch, 2010, p. 65, que considera que los pactos sobre aspectos personales deben considerarse nulos en base a “*Los arts. 67 y 68 CC son un conjunto de deberes, no de obligaciones, lo que significa que su inobservancia no es equiparable, en cuanto a los efectos, al incumplimiento contractual: no es pensable el cumplimiento forzoso o in natura o por equivalente del poder del deber conyugal incumplido. Debe señalarse que son un conjunto de deberes y derechos personalísimos y recíprocos respecto a los cuales prestan su consentimiento los cónyuges en el acto constitutivo del matrimonio. A tenor del art. 45 CC son indisponibles por los cónyuges e irrenunciables y no se pueden limitar ni modalizar y el pacto en tal sentido se tiene por no puesto, tanto sea anterior al matrimonio como coetáneo o posterior al acto constitutivo del mismo*”.

no discriminación, etc.– y por tanto de la propia institución del matrimonio. Es decir, si se establece en un acuerdo que los cónyuges no deben socorrerse mutuamente pues la pregunta resulta fácil, para qué se casan. De este modo, pactar sobre deberes personales se debería permitir, modificar los deberes básicos que la institución del matrimonio proclama no<sup>171</sup>. Por lo tanto, será el contenido de la estipulación concreta la que determinará si es lícita o no lo es. Si se limita a concretar un deber *ad ex*. deber de fidelidad, cuidado de los hijos, especificación de las tareas domésticas a cada cónyuge, etc. por qué no se van a permitir. En cambio, si con ella se transgrede la Ley, *ad ex*. el deber es humillante para uno de los cónyuges, su validez es imposible. En definitiva, permitir la admisibilidad de este tipo de cláusulas es positivo porque permite a los cónyuges establecer o fijar su modo de concebir la unión matrimonial<sup>172</sup>.

Llegados a este punto sería posible plantearse que quizás el verdadero problema de las estipulaciones personales en los acuerdos prematrimoniales reside no tanto en la posibilidad de pacto sino en el reconocimiento de una indemnización que un posible incumplimiento de estos deberes por parte de un tribunal. El TS se ha mostrado en contra de reconocer responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento de deberes personales<sup>173</sup>. No obstante, hay también jurisprudencia menor que ha abierto la puerta a la posibilidad de reclamaciones judiciales derivadas de incumplimiento de deberes personales<sup>174</sup>. El derecho a indemnizar sobre deberes personales vendrá unido al reconocimiento de un valor jurídico a los mismos. Si el valor de estos deberes trasciende lo moral, un resarcimiento sería posible como vía para compensar al cónyuge perjudicado. Sin embargo, si se considera que estos deberes no deben trascender de la esfera privada de la pareja su incumplimiento no genera más responsabilidad que la que los cónyuges le quieran atribuir.

#### 4. Consideraciones finales

76. En el ordenamiento jurídico español no hay una larga tradición en la celebración de pactos con anterioridad al matrimonio. Sin embargo, este hecho no obsta para que en nuestro ordenamiento se admita una *amplia* libertad de pacto entre cónyuges. Desde un punto de vista formal, debido quizás a la atipicidad de la figura, nuestro ordenamiento es mucho menos formalista que otros ordenamientos donde estos pactos se celebran con mayor asiduidad. Respecto al contenido, las partes disponen de una gran autonomía de la voluntad que les permite regular prácticamente cualquier aspecto económico y personal de la vida en común que pretenden comenzar. Por eso, podemos decir que la visión que existe en Derecho español sobre los *prenups* en particular y los pactos entre cónyuges en general es amplia. A pesar de que en nuestro derecho no exista gran tradición sobre la figura se puede afirmar que estamos más cerca del Derecho de EE.UU. que del Derecho inglés.

77. Como ya se habrá podido observar el problema de los acuerdos prematrimoniales no reside en el momento de la celebración sino en el momento de hacerlo valer ante un tribunal. Prácticamente todos los ordenamientos europeos permiten pactar entre cónyuges los efectos económicos de una ruptura futura. Sin embargo, una cosa es la libertad sobre el papel y otra cosa muy diferente cuando hay que acudir al tribunal debido a que una de las partes no respeta el pacto tras la ruptura. En ese momento es cuando se va a ver materializar esa libertad de pacto que tanto se señala. La supervivencia del pacto va a depender del control judicial que el tribunal español realice sobre el mismo. Las partes se dan cuenta de que su acuerdo que firmaron años atrás no es un contrato cualquiera cuando están ante el juez. La existencia de hijos, la salud de los cónyuges, su desarrollo profesional, la duración del matrimonio, todos ellos son circunstancias que entran a valorarse por los tribunales junto con las cláusulas del contrato. Esto no quiere decir que dichas valoraciones no deban ser realizadas, quizás si se valoran es porque la materia –Derecho de familia– en la que nos encontramos lo merece. Pero ello no obsta, para que dichas

<sup>171</sup> Vid. A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, p. 92.

<sup>172</sup> Sobre los aspectos positivos de estos pactos y su posible indemnización vid. C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales...*, pp. 99-103.

<sup>173</sup> STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999\5721).

<sup>174</sup> SAP Valencia de 5 de septiembre de 2007; SAP Barcelona de 16 de enero de 2007; SAP León de 30 de enero de 2009.

valoraciones resten peso jurídico al acuerdo prematrimonial. Éste queda empequeñecido cuando se tienen en cuenta tantas circunstancias. Así, se podría decir que hoy por hoy la libertad de pacto entre cónyuges tan defendida por todos queda reducida a una gran incertidumbre cuando se acude a un tribunal. Amén cuando entra en juego un elemento extranjero.

#### IV. La Ley aplicable a los acuerdos prematrimoniales en Derecho Internacional privado español

##### 1. Introducción

78. Si la figura de los acuerdos prematrimoniales es compleja en sí misma puede complicarse aún más cuando existen elementos extranjeros en la relación. En este caso, el problema a resolver se encontraría en un paso previo a lo que hemos estado analizando anteriormente. Es decir, el tribunal español competente debería determinar la ley aplicable al *prenup* para resolver aspectos como la admisibilidad del pacto, su interpretación o cómo influye en la liquidación de un régimen económico matrimonial.

79. Un ejemplo de supuesto de hecho en el que se encontraría el tribunal español podría ser el siguiente: señor inglés de 45 años desea contraer matrimonio con joven española de 30 años. Ambos residen en Londres, lugar donde firman un acuerdo prematrimonial y celebran su matrimonio. Él ya había estado previamente casado y tiene dos hijos fruto de dicha relación anterior. El *prenup* básicamente establece que los efectos del matrimonio se rigen por el Derecho inglés, el régimen económico matrimonial será de separación de bienes, que en caso de divorcio ambos renuncian a reclamarse cualquier tipo de pensión y la vivienda familiar pasaría a ser de titularidad de la esposa. No hacen ninguna previsión sobre cuestiones personales ni tampoco sobre posibles hijos comunes. El matrimonio se celebra en marzo de 2004. En 2012 el matrimonio se traslada a España y en 2014 la joven solicita el divorcio ante tribunales españoles reclamando una pensión compensatoria. El marido se opone en rotundo alegando la validez del pacto. Para llegar a una solución el juez español debe valorar dicho acuerdo celebrado diez años atrás en Inglaterra. Así, cuestiones que podrá plantearse serán del estilo de las que nos hemos ido planteado a lo largo del presente trabajo ¿Son válidos estos acuerdos? ¿Qué peso tienen en un procedimiento de divorcio? ¿Es posible renunciar a derechos? La cuestión es que para poder resolverlas deberá identificar el asunto como un asunto de derecho internacional privado, y por tanto, resolver una cuestión de transcendencia fundamental para el caso: qué ley es la que rige el pacto. Una vez determinada dicha ley podrá, no sin dificultad, dirimir todas las cuestiones de fondo.

80. La determinación de la ley aplicable a este tipo de pactos no es una cuestión sencilla. Como ya se ha señalado, los acuerdos prematrimoniales no cuentan con una regulación específica en el ordenamiento civil común español. No sucede lo mismo en los ordenamientos forales, especialmente en el catalán, que desde el año 2010 regula los acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura. Así, debido a estas previsiones forales se puede afirmar que los acuerdos prematrimoniales no son una figura completamente desconocida en nuestro ordenamiento<sup>175</sup>. Sin embargo, a pesar de no ser una figura desconocida por completo no existe en el sistema español una norma de conflicto específica que determine la ley aplicable a los acuerdos prematrimoniales. Por lo tanto, la calificación del *prenup* va a ser el ejercicio esencial que tendrá que realizar el juez para poder llegar a la norma de conflicto aplicable al acuerdo y así precisar la ley aplicable al mismo.

##### 2. La calificación del acuerdo prematrimonial

81. La determinación de la norma de conflicto aplicable a los acuerdos prematrimoniales en Derecho internacional privado español podría llevarse a cabo por dos vías:

---

<sup>175</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., p. 183.

**82.** 1º) *Tesis de la calificación por la función.* El objeto de esta tesis consiste en analizar la función de la institución jurídica extranjera conforme al ordenamiento extranjero al que pertenece para poder encontrar en el ordenamiento del foro otra figura conocida que desempeñe una función similar<sup>176</sup>. El estudio del Derecho inglés y del Derecho estadounidense como ordenamientos donde los acuerdos prematrimoniales tienen tradición jurídica junto con el estudio del Derecho civil común español nos permite determinar la función que desempeñan los *prenups* en el tráfico jurídico. Por tanto, los acuerdos prematrimoniales realizan una función semejante a la que realizan las capitulaciones matrimoniales. Figura jurídica que sí está regulada de forma expresa en nuestro ordenamiento interno y en nuestro sistema de Derecho internacional privado. Las capitulaciones matrimoniales sí disponen de una norma de conflicto que permite determinar la ley aplicable a este tipo de acuerdos. Se trata del art. 9.3 CC.

**83.** Así, el razonamiento jurídico que permite calificar los acuerdos prematrimoniales como capitulaciones matrimoniales se sustentaría en lo siguiente:

**84.** a) *Concepto actual amplio de capitulaciones matrimoniales.* Como se ha podido señalar, un amplio sector doctrinal considera que el objeto de las capitulaciones matrimoniales puede versar no sólo sobre aspectos económicos relacionados con el régimen económico matrimonial, sino también otro tipo de aspectos económicos –reparto de bienes, fijación de la cuantía de pensión de alimentos, renuncia pensión compensatoria, donación de bienes futuros en caso de muerte-, incluso aspectos personales – fijación domicilio, educación de los hijos, etc.–<sup>177</sup>. Además, tal y como señala el art. 1326 CC los capítulos matrimoniales pueden celebrarse tanto antes de la celebración del enlace como después.

**85.** b) *Función económica predominante del acuerdo prematrimonial.* Los acuerdos prematrimoniales como ya se ha señalado son un tipo de acuerdos que puede incluir cualquier tipo de cláusula que los futuros cónyuges consideren oportuna. Sin embargo, hay un tipo de cláusulas que son las más comunes y las que generalmente mueven a las partes a celebrar este tipo de acuerdos. Éstas son las de naturaleza patrimonial o económica. Es decir, las estipulaciones que determinan o prevén los efectos patrimoniales del matrimonio. Por tanto, la función del *prenup* es conocida en nuestro ordenamiento y desarrollada por una figura jurídica conocida como *capitulaciones matrimoniales*. Así, se podría decir que el contenido que pretende regular las cuestiones patrimoniales de los futuros cónyuges es el contenido principal de la mayoría de los acuerdos prematrimoniales que se celebran. Esto es así porque concuerda con el propio ser del acuerdo y que lo diferencia de otro tipo de acuerdos entre cónyuges –los celebrados durante el matrimonio o cuando el matrimonio ya está roto– y es evitar los efectos económicos negativos o imprevistos que podría ocasionar la ruptura matrimonial.

El hecho de que se destaque esta función económica del acuerdo prematrimonial sobre otras que podría cumplir –fijar la custodia de los hijos, su educación, deberes personales, etc.– no le resta libertad a las partes a la hora de negociar. El contenido del acuerdo prematrimonial vendrá marcado por la Ley que rija el acuerdo. Ese ordenamiento es el que determinará si los cónyuges pueden pactar o no sobre determinada materia. Aunque no siempre exista una semejanza total, entre el *prenup* y las capitulaciones, lo importante es que exista una equivalencia suficiente entre la figura jurídica desconocida extranjera y la figura jurídica conocida en Derecho español. Dicha equivalencia suficiente existe sin duda entre los *prenups* y las capitulaciones matrimoniales.

**86.** 2º) *Tesis de los conceptos amplios positivos.* El supuesto de hecho de determinadas normas de conflicto se amplía por el legislador de forma deliberada con el fin de que tengan cabida dentro del mismo figuras no conocidas por el Derecho español. Esto da lugar a que el concepto que se utiliza como supuesto

<sup>176</sup> Para un mayor detalle sobre la tesis de la calificación por la función *vid.* A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Problemas de aplicación de la norma de conflicto”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, decimoquinta edición, 2014-2015, pp. 418-419.

<sup>177</sup> *Vid.* A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Capítulo II: Las capitulaciones matrimoniales”..., pp. 591-592; J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos...”, p. 11; A. L. REBOLLEDO VARELA, “pactos en previsión...”, 741; L. CABEZUELO ARENAS, “¿Es válida la, pp. 2376 y 2377.



de hecho sea amplio. Esto sucede en el art. 9.3 CC. Así, es posible incluir dentro del supuesto de hecho del art. 9.3 CC no sólo los acuerdos prematrimoniales sino también cualquier otro pacto entre los cónyuges dirigido a regular los efectos económicos del matrimonio. La denominación del pacto en el Derecho extranjero o la denominación que le hayan atribuido las partes es totalmente indiferente para la aplicación del art. 9.3 CC al mismo<sup>178</sup>. Así, podemos decir que para incluir un negocio que celebren los cónyuges o futuros cónyuges dentro del supuesto del hecho del art. 9.3 CC se deben cumplir dos requisitos: 1) Ser un pacto dirigido a regular los efectos del matrimonio; 2) Se trate de un supuesto internacional.

**87.** Esta calificación del acuerdo prematrimonial como pactos o capítulos matrimoniales permitiría aplicar una única ley a todo el acuerdo con independencia de las diferentes materias que regule el mismo. Actualmente, esta ley vendrá determinada por el art. 9.3 CC<sup>179</sup>. La consideración de un acuerdo prematrimonial como un todo, un conjunto de disposiciones variadas entre sí pero con un fin común – estipular y prever los efectos de un divorcio o una separación– permite la aplicación de una única norma de conflicto y por tanto la aplicación de una única ley a todo el acuerdo prematrimonial. Esta posición evita fraccionar el acuerdo prematrimonial en función de su contenido, y por tanto, que resulten de aplicación tantas leyes como materias diferentes regule el acuerdo<sup>180</sup>. La aplicación de una única ley a todo el acuerdo prematrimonial podría ser positivo por dos razones:

1) *Fomenta la validez del pacto.* El fraccionamiento del *prenup* y la aplicación de las diferentes normas de conflicto que pueden llevar a diferentes leyes aplicables e implicar que el acuerdo sólo sea válido por partes. La aplicación de una única ley fomenta que el pacto en su totalidad sea válido, y por tanto, que se respete la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación de los efectos de su matrimonio.

2) *Búsqueda de carácter práctico.* La tarea del juez se simplifica si la ley conforme a la que debe determinar la validez del acuerdo prematrimonial es sólo una.

**88.** Por lo tanto, la ley aplicable al *prenup* determinada por el art. 9.3 CC puede ser de forma alternativa bien la ley aplicable a los efectos del matrimonio, o bien la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los contrayentes al momento de la celebración del acuerdo<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., p. 166.

<sup>179</sup> Existe una propuesta de Reglamento en la Unión europea sobre competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento y ejecución en materia de regímenes económico matrimoniales publicada en 2011 (Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (COM [2011] 126 final). Su posible entrada en vigor implicaría en lo que a pactos prematrimoniales se refiere que el art. 9.3 CC dejaría de aplicarse en favor de la norma o normas de conflicto que en el Reglamento se ocupen de la determinación de ley aplicable a los efectos patrimoniales pactados. Esta norma sería el art. 16 de la propuesta que permite que los cónyuges elijan como ley aplicable a los efectos patrimoniales de su matrimonio bien la ley del lugar de su residencia habitual común o de cualquiera de los cónyuges o la ley de la nacionalidad de cualquiera de ellos. El art. 2 de la citada propuesta de Reglamento define de forma muy amplia los acuerdos entre cónyuges. Los denomina “contratos de matrimonio” y los define como “*todo acuerdo por el que los cónyuges estipulan sus relaciones patrimoniales entre sí y con respecto a terceros*”. Además, el art. 20 de la propuesta señala la ley aplicable a la forma del pacto o contrato de matrimonio. Así, señala “*1. La forma del contrato de matrimonio será la prescrita bien por la ley aplicable al régimen económico matrimonial, bien por la ley del Estado del lugar de redacción del contrato. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el contrato de matrimonio deberá ser al menos objeto de un escrito fechado y firmado por ambos cónyuges. 3. Además, si la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tienen su residencia habitual común en el momento de la celebración del contrato de matrimonio previera condiciones formales suplementarias para este contrato, éstas deberán respetarse*”.

<sup>180</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., p. 183.

<sup>181</sup> Sin carácter exhaustivo sobre el art. 9.3 CC vid. M. A. AMORÓS CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, enero-agosto 1991, núm. 11-12, p. 54 y ss; A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., pp. 165 y ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Matrimonio y elección de ley. Estudios de DIPr., Granada, Comares, 2000, P. DIAGO DIAGO, *Pactos o Capitulaciones Matrimoniales en Derecho Internacional Privado*, El Justicia de Aragón, 1999; J. M. FONTANELLAS MORELL, “Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil”, en M.T ARECES PIÑOL (Coord.), *Estudios Jurídicos sobre persona y familia*, Granada, 2009; E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “capítulo 29. Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/ M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 370-402.