

# HACIA UNA MAYOR AUTONOMÍA PRIVADA EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES CON MARCO TRANSFRONTERIZO\*

## TOWARDS AN IMPROVEMENT IN INDIVIDUAL PARTY AUTONOMY IN MARRIAGE SETTLEMENTS IN A CROSS-BOARDER FRAMEWORK

ALBA PAÑOS PÉREZ

*Prof. Contratada Doctora Derecho Civil  
Universidad de Almería*

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 06.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6266>

**Resumen:** El actual orden social globalizado, donde prima la diversidad de modelos familiares y es común el elemento transnacional, requiere unos marcos regulatorios nacionales e internacionales que se adecúen mejor a las necesidades de las familias y les aporten seguridad jurídica y previsibilidad, teniendo en cuenta la naturaleza cada vez más efímera del matrimonio, otrora perpetuo. El objetivo del presente trabajo, enmarcado desde el plano puramente material, es analizar la evolución del alcance de los efectos patrimoniales que el ordenamiento español permite disponer a los miembros de un matrimonio transfronterizo mediante el instrumento de las capitulaciones matrimoniales y su inclusión en éstas de acuerdos prenupciales, teniendo en cuenta las previsiones del Reglamento (UE) N° 2016/1103.

**Palabras clave:** autonomía privada, capitulaciones matrimoniales, acuerdo prematrimonial, régimen económico matrimonial, matrimonios transfronterizos.

**Abstract:** The current globalised social order, where the diversity of family models prevails and the transnational element is common, requires national and international regulatory frameworks that are better adapted to the needs of families and provide them with legal security and predictability, taking into account the increasingly ephemeral nature of marriage, which was once perpetual. The aim of this paper, framed from a purely material point of view, is to analyse the evolution of the scope of the property effects that the Spanish legal system allows the members of a cross-border marriage to have by means of the instrument of the matrimonial settlements and their inclusion in these of prenuptial agreements, taking into account the provisions of Regulation (EU) N° 2016/1103.

**Keywords:** party autonomy, matrimonial settlements, prenuptial agreements, matrimonial property regime, cross-border marriages.

**Sumario:** I. Cuestiones preliminares: autonomía de la voluntad sobre los efectos patrimoniales del matrimonio. 1. Introducción a la libertad de pactos en las relaciones económicas matrimoniales consagrada por el CC. 2. Margen europeo a la autonomía privada en el Reglamento 1103/2016. II. Delimitación de las capitulaciones matrimoniales. 1. Aproximación a las capitulaciones en el Derecho nacional. 2. Capitulaciones en derecho comparado europeo. 3. Validez de las capitulaciones

---

\* Este trabajo se realiza en ejecución del Proyecto Europeo Personalized Solution In European Family and Succession Law” (PSEFS). Justice Programme (JUST-JCOO-AG-2017) y en el marco de Grupo de Investigación SEJ-235, adscrito a los Centros de investigación CIDES y CEIA3.

nes y límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes. 4. Su diferenciación con los pactos en previsión de crisis. III. Regulación nacional y europea de la autonomía privada en las relaciones económicas pactadas en el matrimonio. 1. Regulación nacional. A) Derecho común. B) Derecho foral. 2. Regulación Europea: las capitulaciones a la luz del Reglamento 1103/2016. A) Ley aplicable a las capitulaciones. B) Ámbito objetivo y subjetivo. C) Validez formal y material de las capitulaciones matrimoniales en el Reglamento 2016/1103. IV. Pactos prematrimoniales en previsión de crisis conyugal como contenido de las capitulaciones matrimoniales. 1. Breve referencia a los orígenes y la evolución del reconocimiento a la autonomía privada en los pactos prematrimoniales. 2. Límites a la validez de los pactos como contenido de las capitulaciones y su admisión por la Jurisprudencia. 3. Aplicación del Reglamento 2016/1103 a los pactos prematrimoniales. V. Consideraciones Finales.

## I. Cuestiones preliminares: autonomía de la voluntad sobre los efectos patrimoniales del matrimonio

### 1. Introducción a la libertad de pactos en las relaciones económicas matrimoniales consagrada por el CC

1. Venga por sentado, de partida, que el objetivo del presente trabajo no es ahondar en un estudio sobre la autonomía de la voluntad en materia familiar, ni siquiera en el ámbito más restringido de las relaciones entre cónyuges; se limitará a analizar el alcance de los efectos patrimoniales que los ordenamientos, nacional y europeo, permitan disponer a los miembros del matrimonio, delimitando el contenido de las capitulaciones matrimoniales.

2. En el actual orden social globalizado, en el que prima la diversidad familiar y es habitual el elemento transnacional (ante la creciente movilidad de los ciudadanos europeos), se requiere una variedad de marcos regulatorios que se adecúen mejor y más justamente a las necesidades concretas de los diversos modelos familiares. Modelos que transmutan y demandan un mayor de ámbito de autorregulación de las relaciones jurídicas familiares, sobre todo entre los cónyuges, promoviendo reformas legales *ad hoc* que llegan, siempre, a remolque de esas transformaciones sociales.

3. Por esta razón, en tanto la facultad de autorregulación se ejercite por los cónyuges libremente y dentro de los límites impuestos por la ley, éstos deben poder normar las relaciones patrimoniales de su matrimonio en la esfera más amplia posible. Ese mayor ámbito de cooperación exige, sin duda, la posibilidad de ajustar tales reglas a las distintas circunstancias que pueda atravesar la economía conyugal<sup>1</sup>. Así, partimos de la perspectiva de que la inderogabilidad de deberes personales en la esfera conyugal contrasta con la libertad para regular los efectos patrimoniales<sup>2</sup>.

4. Cuando el legislador civil español consagró el principio de autonomía privada en el artículo 1255 CC<sup>3</sup>, como manifestación del poder de autodeterminación de los particulares respecto a sus propios intereses y máxima expresión de la libertad contractual, integrándose en el núcleo central de la noción de negocio jurídico<sup>4</sup>, es dudoso que tuviese en mente las relaciones conyugales. Lo cierto es que la cuestión de la admisibilidad y límites del negocio jurídico familiar ha sido ampliamente tratada por nuestra doc-

<sup>1</sup> M. FIGUEROA TORRES, *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura*, Dykinson, 2016, p. 63.

<sup>2</sup> M.J. HERRERO GARCÍA, “Del régimen económico del matrimonio. Disposiciones Generales”, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 572.

<sup>3</sup> “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

<sup>4</sup> Véase, por todas, la definición de negocio jurídico ofrecida por DE CASTRO Y BRAVO, que entiende por tal “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”. *Vid. El negocio jurídico*, Cívitas, 1985, p. 35.

trina civilista<sup>5</sup>, concluyéndose hace ya décadas que en el Derecho de Familia no hay inconveniente en admitir aquellos negocios que tienen un indudable contenido patrimonial (pactos por los que los futuros contrayentes o los cónyuges estipulan el régimen económico matrimonial, así como su modificación u otras disposiciones por razón del mismo)<sup>6</sup>.

5. La doctrina española ha venido señalando que esa autonomía privada se manifiesta en el contrato en un doble sentido: en la libertad de los sujetos de celebrar o no un contrato y en la libertad de fijar sus elementos y contenido, al amparo del artículo 1255 CC, que determina “los contratantes pueden establecer en sus contratos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral y al orden público”. Díez-PICAZO<sup>7</sup> considera que, a través de este principio, se permite la modificación por voluntad de las partes de la regulación legal establecida para un tipo de contrato, que debe entenderse, por tanto, como Derecho de carácter dispositivo. Asimismo, este precepto permite la creación de tipos contractuales nuevos o el establecimiento de contratos que sean atípicos, por falta de una regulación legal.

6. La autonomía privada en el ámbito del Derecho de familia tiene un especial significado, alejado de su consideración comúnmente referida de manera exclusiva al aspecto patrimonial puro; ya que en esta esfera incidirá el interés superior del grupo familiar<sup>8</sup>. La presencia de este interés superior obliga a analizar más detenidamente los límites permitidos para la autorregulación, teniendo en cuenta que en este ámbito se diluyen los límites que trazan las relaciones personales y patrimoniales, imperando otros principios como el de igualdad, solidaridad o lealtad entre cónyuges.

7. Pues bien, este principio general de autonomía de la voluntad privada se extrapola al ámbito de los negocios jurídicos familiares, más concretamente a la regulación del régimen económico del matrimonio, en la consagración de la libertad de pacto que realiza el artículo 1315 CC. Y es que la comunidad de vida que lleva consigo el matrimonio implica necesariamente una serie de interrelaciones económicas entre los cónyuges, que se articularán a través del régimen económico matrimonial que se les aplique<sup>9</sup>. Dicho precepto proclama el principio de autonomía de la voluntad en la determinación del régimen económico-matrimonial de los cónyuges, de manera que éstos podrán pactar el régimen que estimen conveniente para que rijan sus relaciones patrimoniales, antes de la celebración del matrimonio, du-

---

<sup>5</sup> DE CASTRO Y BRAVO ya defendió la teoría de los negocios jurídicos de Derecho de familia como categoría autónoma del negocio jurídico: “Tan sólo para recordar lo peculiar de su causa se citan ahora los negocios del Derecho de familia. Es evidente la especialidad de las titularidades que originan en el ámbito personal y familiar, y no puede desconocerse el carácter diferenciado de las atribuciones patrimoniales derivadas del Derecho de familia; unas implícitas como las resultantes del matrimonio, otras expresas como en la adopción; todo ello aparte del significado especial de los negocios de contenido patrimonial, en los que se tiene en cuenta su significado familiar”; *El negocio...cit.*, p. 275. Por su parte, L. Díez-PICAZO, ha defendido igualmente la teoría positiva del negocio jurídico familiar, en “El negocio jurídico del Derecho de familia”, *Rev. Gen. LJ*, 771, 780, 1962. *Cf.* I. ARANA DE LA FUENTE, “Concepto y función social del matrimonio”, en *Derecho de Familia*, (Coord. Díez-PICAZO GIMÉNEZ G.), Tomson Reuters, Ciztur Menor, 2012, p. 233.

<sup>6</sup> *Id.*, para un detallado estudio sobre la autonomía privada de los cónyuges, en este caso centrada en las relaciones personales, A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales entre los cónyuges*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 2000, pp. 49-71.

<sup>7</sup> En “Comentario del art. 1255 del CC”, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 430 y 431.

<sup>8</sup> Así, A. ROMÁN GARCÍA, quien señala que las reformas efectuadas por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer el matrimonio, y por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, supusieron una importante variación en estos planteamientos generales, aunque referidos más concretamente a los derechos personales de los cónyuges, pero sin duda se alejan abiertamente del criterio establecido por el referido principio sistemático de interés superior de la familia, tal como se mantuvo hasta el presente, pudiendo dudarse actualmente de su propia pervivencia; en una nueva orientación de las relaciones familiares que se cimienta en los derechos individuales de los cónyuges o consortes y en el relativismo y la esencial transitoriedad de la propia existencia de los vínculos personales y patrimoniales del grupo familiar; en “Eficacia de los regímenes económicos matrimoniales: tipicidad y atipicidad en el establecimiento de los pactos”, en *@LaLey* 13416/2009.

<sup>9</sup> *Id.* X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, “Comentario del art. 1315 del CC”, en *Código Civil, Comentado y con Jurisprudencia*, Wolters Kluwer, 8<sup>a</sup> Ed., 2016, pp. 1410-1412.

rante la vigencia del mismo o, incluso, inmersos ya en una crisis conyugal. En este sentido, ROCA TRÍAS<sup>10</sup> reconoce que el ejercicio de la autonomía de la voluntad a través de los negocios jurídicos familiares ha estado formulado en el Derecho español habitualmente en función de las capitulaciones matrimoniales.

8. De esta manera, nuestro ordenamiento no ignora la realidad de los efectos económicos del matrimonio, permitiendo a los cónyuges, mediante el instrumento de la autonomía privada, apartarse del régimen dispuesto por el legislador e incluso crear un régimen *ex novo*; pero sin que pueda prescindirse de un soporte normativo mínimo que configure la economía matrimonial, pues es doctrina pacífica que no existe matrimonio sin el correspondiente régimen económico<sup>11</sup>. Y así ha sido secundado reiteradamente por la jurisprudencia que, en resoluciones como la STS de 18 de junio de 2012<sup>12</sup>, dispone: “Las capitulaciones matrimoniales son un contrato entre cónyuges relativo a bienes, celebrado sobre el supuesto de la existencia de una economía común del matrimonio. El contenido de los capítulos incluye la regulación total o parcial de esa economía”.

9. El Derecho español consagra así la llamada libertad capitular, que no es sino una aplicación concreta del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito familiar. Una libertad cuyo origen en el ordenamiento español se remonta a la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio<sup>13</sup>, en conexión con la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil<sup>14</sup>, que instauró este poder de autodeterminación capitular, junto con la mutabilidad e igualdad conyugal<sup>15</sup>. Hoy parece razonable y equitativo, a la luz de los principios constitucionales que consagran la equidad entre cónyuges y considerando el matrimonio como un acto perteneciente a la esfera privada de las personas, que el sistema sea convencional o contractual y los regímenes legales meramente dispositivos<sup>16</sup>. Y sin que esa libertad capitular permita extenderse, como decíamos, al extremo de acordar prescindir de cualquier regulación económica matrimonial.

10. En virtud de la libertad capitular, regulada en los artículos 1315 y 1325 CC, puede cada unión matrimonial, dentro de los límites generales fijados para la autonomía privada y de otros más específicos señalados para el Derecho de Familia (art. 1328 CC), diseñar a medida la economía de su matrimonio y los efectos patrimoniales en virtud del mismo. Así, los contrayentes o los ya cónyuges, pueden convenir uno de los regímenes previstos por la Ley (común o foral) o uno atípico que ellos mismos diseñen libremente a su antojo, al amparo de la autonomía concedida por ley y siempre respetando los límites previstos por el Ordenamiento Jurídico. No será necesario, como veremos, que las capitulaciones contengan su contenido típico; sino que pueden englobar situaciones jurídicas de muy variada índole, constituyendo un propicio escenario para el despliegue de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, cada vez más amplia y amparada tanto legal como jurisprudencialmente<sup>17</sup>, dando cabida así a la inclu-

<sup>10</sup> *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de crisis*, en *Libro Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*, J.M. ABRIL CAMPOY y M.E. AMAT I LLARI (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 2113.

<sup>11</sup> *Vid.*, por todos, V.L. MONTÉS PENADÉS y E. ROCA TRÍAS (coord.), *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 195. La jurisprudencia confirma en reiterados pronunciamientos la necesidad de existencia de un régimen económico matrimonial: “en territorio sujeto al Derecho común, se presume que los cónyuges están casados bajo el régimen legal y presunto de gananciales, salvo que prueben que lo están bajo otro régimen económico matrimonial”, STS de 27 de febrero de 1997 (RJ 1997/1333).

<sup>12</sup> RJ 2012/6853.

<sup>13</sup> BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

<sup>14</sup> BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

<sup>15</sup> *Vid.*, por todos, M.A. PARRA LUCÁN, “Autonomía de la voluntad y el Derecho de familia”, en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho privado* (coord. L. PRATS ALBENTOSA), V. I, Wolters Kluwer, 2012, p. 172.

<sup>16</sup> C. CUADRADO PÉREZ, “El régimen económico matrimonial. Disposiciones generales”, *Tratado de Derecho de Familia*, V. 3.1, V. 3, *Los regímenes económicos matrimoniales* (I), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 82.

<sup>17</sup> Así, la STS de 15 de junio de 2005 (RJ 2005/4282), afirmaba: “El art.1325 CC, así como el 1315, vienen a consagrar la autonomía de los cónyuges para establecer su régimen matrimonial y, dada la naturaleza contractual de las capitulaciones, el precepto autoriza a sustituir o modificar dicho régimen en el ámbito de las previsiones legales, es decir, diseñar una situación jurídica distinta”.

sión de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura, tal y como exponemos a lo largo de este trabajo. Y es que en un contexto social y jurídico donde la autonomía de la voluntad en el matrimonio ha alcanzado cuotas tan elevadas, se plantea incluso si podrían admitirse capitulaciones que no abordasen cuestión alguna relativa al régimen económico matrimonial o éstas quedarían desnaturalizadas<sup>18</sup>.

11. En definitiva, la mutabilidad de los capítulos matrimoniales, la libertad de pactos que organicen o modifiquen la economía del matrimonio, así como la permisividad de la contratación entre cónyuges, constituyen los pilares de la autonomía de la voluntad en la esfera familiar del Derecho civil patrimonial, con sujeción a las limitaciones propias de su funcionamiento. Junto a ellos se situarán los principios sistemáticos de igualdad entre los cónyuges, de actuación en régimen de paridad y de solidaridad en la gestión, administración y disposición de sus patrimonios; y las normas de régimen económico matrimonial primario contenidas en los arts. 1318 y ss. del Código Civil, que funcionarán como una garantía aplicada a los bienes más fundamentales existentes en la economía familiar<sup>19</sup>.

## 2. Margen europeo a la autonomía privada en el Reglamento 1103/2016

12. El 24 de junio de 2016, con el fin de facilitar las relaciones patrimoniales de las parejas transfronterizas, casadas o no, hasta entonces expuestas a situaciones de incertidumbre e inseguridad jurídica ante su ruptura, el Consejo de Europa adoptó mediante cooperación reforzada el Reglamento sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de regímenes económicos matrimoniales (Reglamento UE 2016/1103)<sup>20</sup> y el Reglamento sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (Reglamento UE 2016/1104)<sup>21</sup>. Partiéndose de que el Reglamento (UE) 2016/1103 (en adelante, RREM), objeto de nuestro estudio (en el que excluimos a las parejas no casadas), no afecta al derecho sustantivo de los Estados miembros sobre los regímenes económicos matrimoniales; ambas normas son instrumentos de Derecho Internacional Privado, a través de los cuales la UE pretende establecer un marco legal inequívoco y uniforme sobre la materia<sup>22</sup>.

13. La autonomía privada de las partes, que aparece como la principal de las conexiones en el ámbito de la ley aplicable, aporta enormes ventajas, tal y como destaca VINAIXA MIQUE<sup>23</sup>, particularmente en los procedimientos sobre la liquidación del régimen matrimonial como resultado de una crisis, una ruptura o la muerte de uno de sus miembros. La autora destaca que el principal problema con el que nos habíamos encontrado hasta entonces era que los diferentes Reglamentos de la UE no contenían normas uniformes sobre la autonomía de la voluntad conflictual. Y ello, a pesar de que este principio de autonomía privada se habría ido extendiendo en los últimos años del ámbito de la contratación internacional exclusivamente a otros ámbitos materiales en el seno de la UE, en los que el legislador no había considerado tradicionalmente que su aplicación fuese apropiada, como sucedía en materia de familia y sucesiones<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Vid. V. GUILARTE GUTIÉRREZ, C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. MARTÍNEZ ESCRIBANO y N. RAGA SASTRE, “Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón de matrimonio”, *Tratado de Derecho de la Familia*, V. 3, Thomson-Aranzadi, 2011, p. 462.

<sup>19</sup> Así, A. ROMÁN GARCÍA, “Eficacia de los regímenes económicos matrimoniales...cit.

<sup>20</sup> DOUE núm. 183 de 08 de Julio de 2016, pp. 1-29.

<sup>21</sup> DOUE núm. 183 de 08 de Julio de 2016, pp. 30-56.

<sup>22</sup> Como señala la doctrina, “los esfuerzos de las instituciones de la UE en materia de Derecho de familia se han dirigido, más que a una unificación de sus normas sustantivas, a la creación de un marco uniforme de normas conflictuales dirigidas a resolver aquellas cuestiones de familia que tengan repercusión transfronteriza”; así A. LÓPEZ AZCONA, “La europeización del derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, N° 8, 2018, pp. 493 y ss.

<sup>23</sup> Así en “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)” en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, @INDRET, 2017, p. 275.

<sup>24</sup> Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado” en *VVAA, Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Tomo I, Universidad de

14. En el marco del derecho internacional, la autonomía de la voluntad de las partes se presenta como un criterio flexible que permite a los particulares resolver sus disputas atendiendo a sus propios intereses, aportando seguridad jurídica y certeza a las relaciones con elementos transnacionales y favoreciendo así la libre circulación de las personas en el seno de la UE<sup>25</sup>. En este sentido, NAGY<sup>26</sup> señalaba elocuentemente que la autonomía de la voluntad es una panacea universal en el sector del derecho aplicable, pues además de conllevar seguridad jurídica conduce a la presunción de que la ley libremente elegida por las partes será la apropiada, pues sería la que mayor vinculación tiene con el supuesto y la situación personal de las partes.

15. Así, la autonomía de la voluntad es esencial en los contratos o acuerdos matrimoniales, pues si las partes no pueden elegir la ley aplicable al contrato, correrían el riesgo de que su contrato resultase nulo o inaplicable de conformidad con la ley que finalmente, y si haberlo previsto, resultase de aplicación en el caso concreto. Y es que, los denominados pactos o capitulaciones matrimoniales a través de los cuales los cónyuges determinan su régimen económico matrimonial, han sido, desde una perspectiva internacional privatista, el ámbito clásico de admisión de la autonomía de la voluntad conflictual en Derecho internacional de familia<sup>27</sup>. Esto es, han sido expresión de la posibilidad dejada a los cónyuges de elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial.

16. A mayor abundamiento, AÑOVEROS TERRADAS<sup>28</sup> destaca que el nuevo contexto social y jurídico en el que debemos enmarcar el estudio actual de los capítulos matrimoniales está marcado por una clara tendencia, no solo en Derecho material sino en el Derecho Internacional Privado, dirigida a ampliar el ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia como expresión de ciertos valores imperantes en la actual sociedad globalizada, tales como la igualdad jurídica entre cónyuges, el *favor divortii* y el libre desarrollo de la personalidad<sup>29</sup>. Debiendo tener en cuenta que, en el ámbito europeo, a esta lógica del derecho de familia sustantivo, se le une además la lógica de la integración; considerando que el legislador comunitario ha querido incorporar la autonomía de la voluntad como principio rector de las normas uniformes tanto de competencia judicial internacional como de Derecho aplicable en material de familia.

17. Centrándonos, pues, en el ámbito de los regímenes económicos matrimoniales, la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra ampliamente reconocida en la mayoría de ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tanto a nivel material como conflictual, aunque, tal y como señala VINAIXA MIQUE<sup>30</sup>, la regulación es muy heterogénea en ambos ámbitos del derecho. Las relaciones patrimoniales quedarían gobernadas por los acuerdos que los contrayentes o los cónyuges hayan concluido entre ellos en capitulaciones o acuerdos patrimoniales, lo que se conocería como autonomía material, dejando a salvo el denominado régimen primario, límite a esa autonomía de la voluntad material. A falta de pacto o acuerdo entre las partes, tales relaciones se regirán por el régimen que subsidiariamente establezca la

---

Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 138-139; B. AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia” en J.J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS y R. VIÑAS FARRÉ, (Eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegria Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 131.

<sup>25</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía de la voluntad...cit.”, p. 128.

<sup>26</sup> *Vid.* “El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. X, 2010, pp. 523-524.

<sup>27</sup> *Vid.*, entre otros, E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2001; P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

<sup>28</sup> *Vid.* “El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. XVII, 2017, pp. 822-823.

<sup>29</sup> E. ROCA TRÍAS, *Libertad y familia* (Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número por la Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías), Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012.

<sup>30</sup> “La autonomía de la voluntad...cit.”, p. 289.

ley. Por otra parte, en la mayoría de Estados miembros de la UE las normas de conflicto sobre la materia también recogen la autonomía de la voluntad de las partes entre sus puntos de conexión, de modo que los cónyuges o los futuros esposos pueden elegir la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales, en base a la conocida como autonomía conflictual. Dicha autonomía no aparecía como principal punto de conexión en todas las normas de conflicto de Derecho internacional privado autónomo sobre la materia, hasta que esa solución se recogió en el RREM. Por tanto, en defecto de elección de ley por las partes, los regímenes económicos matrimoniales se regirán por la ley designada a través de una serie de conexiones objetivas previstas en el Reglamento.

**18.** Así las cosas, la gran novedad que ha aportado el RREM viene a extender el reconocimiento a la autonomía privada de las partes al ofrecer al matrimonio la posibilidad de regular sus relaciones patrimoniales aplicando una legislación distinta a la de su nacionalidad. Y es que constituye uno de sus principios inspiradores el de coincidencia *forum-iuris* por voluntad de las partes (artículos 7 y 8 del Reglamento), en base al cual se permite que el tribunal competente aplique la *Lex Fori* para resolver la cuestión de régimen económico matrimonial, si las partes así lo deciden. Ello se logra al facultar a los cónyuges para que elijan como tribunales competentes los del Estado cuya Ley es la aplicable para regir sus relaciones patrimoniales.

**19.** Así, los cónyuges podrán libremente elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de la ley de residencia habitual común o de uno de ellos, en el momento de la elección, o de la ley de la nacionalidad de cualquiera de las partes en el momento de la elección (art. 22 RREM). A tal efecto, el Considerando 45 del RREM establece: “Para facilitar a los cónyuges la administración de su patrimonio, el presente RREM debe autorizarles a elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, con independencia de la naturaleza o la ubicación de sus bienes, entre las leyes con las que tengan una estrecha conexión en razón de su residencia habitual o de su nacionalidad. Esta elección se podrá realizar en todo momento, antes del matrimonio, en el momento de la celebración del matrimonio o durante el matrimonio”. Del mismo modo la pareja puede celebrar un acuerdo prematrimonial de elección de ley, puesto que el pacto de designación de Derecho aplicable al régimen económico matrimonial puede hacerse antes del matrimonio (acuerdo prematrimonial), en el momento de la celebración del mismo o durante el matrimonio<sup>31</sup>.

**20.** Por tanto, el RREM permite a los contrayentes o a los cónyuges elegir, siempre que el caso presente elementos extranjeros (por estar formada por miembros de distinta nacionalidad, o con distintas residencias habituales, y/o con bienes de diferentes Estados, etc.)<sup>32</sup>, la Ley reguladora de su régimen económico, en aras de, como indica la propia norma, “aumentar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la autonomía de las partes”. Ello podría evitar ulteriores problemas de inseguridad jurídica si las partes

<sup>31</sup> J. RODRÍGUEZ RODRIGO, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, 2ª Ed., Murcia, 2020, p. 252 y 256; donde se expone el siguiente Caso respecto a la *Ley aplicable al régimen económico matrimonial en defecto de elección de ley*: “Una pareja de ciudadanos españoles se conocen por Internet y deciden contraer matrimonio en Italia. El marido reside en Francia y la esposa reside en España. Meses más tarde, los cónyuges ponen fin a su relación matrimonial. Solución: la ley aplicable al régimen económico matrimonial de la pareja se fija con arreglo a la segunda conexión del art. 26. Es aplicable la Ley de la nacionalidad común en el momento de la interposición de la demanda: Ley española”.

<sup>32</sup> Así, la repercusión transfronteriza del matrimonio “se verificaría cuando estuviesen vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos nacionales de tal manera que surgiera la duda de cuál de ellos sería el reclamado para regularlas”; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, V. 11, Nº 1, 2019, pp. 8-50.; y en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea: comentarios a Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, J.L. IGLESIAS BUIGUES, G. PALAO MORENO (dir.), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 27-19; donde señala que para verificar la repercusión transfronteriza de los efectos patrimoniales de un matrimonio o de una unión registrada cabe considerar dos circunstancias: por una parte, que los propios elementos del matrimonio o de la unión registrada fueran de naturaleza transfronteriza, en cuyo caso sus consecuencias patrimoniales también lo serían; y, por otra parte que, que hallándose todos los elementos del matrimonio o de la unión registrada únicamente vinculados con un ordenamiento estatal, fuesen sus efectos patrimoniales los que tuvieran repercusión transfronteriza. *Cft.* A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, “Notas sobre la aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 a los pactos prematrimoniales en previsión de la ruptura matrimonial”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, V. 21, 2019, p. 110.

empleasen ese amplio margen de autonomía para pactar coherentemente la elección de ley aplicable, ajustándose a tu situación particular y a lo que más convenga a sus propios intereses.

21. No obstante, este objetivo claramente facilitador que se propuso el legislador comunitario con la aprobación de los Reglamentos colisiona con la gran complejidad del sistema creado en el seno de la Unión Europea, debido a la existencia de una gran pluralidad de instrumentos que regulan materias diferentes, pero estrechamente vinculadas entre sí, aportando soluciones divergentes y específicas para cada uno de los ámbitos que regulan. AÑOVEROS TERRADAS<sup>33</sup> advierte de que uno de los retos actuales en el ámbito de la cooperación judicial civil es dar coherencia a ese sistema normativo, fundamentada en la búsqueda de unos principios y objetivos comunes que permitan configurar un verdadero sistema, construido principalmente sobre la base de las calificaciones autónomas que son propias de los reglamentos comunitarios. La deseada unificación peligraría por el uso de definiciones muy amplias que dan cabida a diferentes concepciones nacionales, encontrándonos con un buen ejemplo de la complejidad del sistema, el juego de los distintos elementos comunitarios y la necesaria coordinación entre ellos, en la calificación de los pactos y capitulaciones matrimoniales.

## I. Delimitación de capitulaciones matrimoniales

### 1. Aproximación a las capitulaciones en el Derecho nacional

22. O'CALLAGHAN MUÑOZ<sup>34</sup> define las capitulaciones como el negocio jurídico bilateral por el que los cónyuges determinan el régimen económico de su matrimonio y otras disposiciones. Por tanto, tienen naturaleza contractual y, tal y como hemos adelantado, podrán formalizarse antes del matrimonio, con lo que estaríamos hablando de futuros cónyuges aún, o una vez comenzado el mismo y siempre antes de su finalización, de conformidad con lo establecido en el artículo 1326 CC.

23. Efectivamente, en capitulaciones matrimoniales los cónyuges podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial. Pero la autonomía de la voluntad imperante en este ámbito excede del contenido típico de las capitulaciones, relativo a la determinación del régimen matrimonial, y permite que los otorgantes convengan “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo<sup>35</sup>”, al amparo del artículo 1325 CC, reconociendo de este modo el contenido típico y atípico de las capitulaciones matrimoniales<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Vid. “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 824.

<sup>34</sup> “Comentario del art. 1325 del CC”, en *Código Civil...cit.*, p. 1373.

<sup>35</sup> M. FIGUEROA TORRES, recoge que la introducción de la frase “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo” planteó la discusión sobre si esa referencia a “mismo” se hacía respecto a “régimen económico” o a “matrimonio”, defendiendo la interpretación favorable a que la referencia es al matrimonio. A partir de dicha premisa, considera que tales disposiciones pueden abarcar todos los pactos que los cónyuges o futuros cónyuges consideren pertinentes, sujetos a los límites que el propio Código impone al contrato capitular. En *Autonomía de la voluntad, ...cit.*, p. 180.

<sup>36</sup> Vid. X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, “Comentario del art. 1325 del CC”, en *Código Civil...cit.*, pp. 1424-1425. Respecto a la naturaleza contractual de las capitulaciones, la ya mencionada STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/6853), dispone: “Las capitulaciones matrimoniales son un contrato entre cónyuges relativo a bienes, celebrado sobre el supuesto de la existencia de una economía común del matrimonio. El contenido de los capítulos incluye la regulación total o parcial de esa economía. El matrimonio constituye la base del negocio jurídico de capitulaciones, pero no es su causa en sentido técnico; en definitiva, es un presupuesto de eficacia, porque sin matrimonio, las capitulaciones no tienen sentido. Y ello, porque los negocios jurídicos de derecho de familia tienen unas peculiaridades que no permiten utilizar el concepto general de causa, en el sentido del art. 1261 CC, aunque las capitulaciones deban considerarse como contratos, como lo demuestra el art. 1335 CC. El principal pacto capitular lo constituye, según el art. 1325 CC, la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico del matrimonio. La modificación, o sustitución del régimen es el objeto y la causa de las capitulaciones, por lo que, si falta, de acuerdo con el art. 1325 CC, faltará a su vez el objeto y la causa de los capítulos. La doctrina ha discutido si este pacto tiene naturaleza onerosa o gratuita, lo que se plantea más directamente cuando la modificación se produce constante matrimonio. La conclusión más general es la que entiende que los capítulos no tienen abstractamente naturaleza onerosa o naturaleza gratuita, sino que, dado el contenido completo de las mismas, habrá que estar a la naturaleza propia de cada pacto, por lo que no puede aplicarse



24. Así, el contenido típico de las capitulaciones es la determinación del régimen económico matrimonial, que podrá ser uno de los tres previstos por el Código Civil (gananciales, separación de bienes y participación), por los derechos forales españoles, o configurado por los propios contratantes. Recordemos que el Código Civil común prevé que el régimen económico-matrimonial del matrimonio será: en primer lugar, y en base al principio de autonomía de la voluntad, el pactado en capitulaciones; en segundo lugar y a falta de pacto expreso, el régimen de gananciales rige como régimen legal supletorio; en tercer lugar, como régimen supletorio de segundo grado, el de separación de bienes. También podrán elegir uno de los regímenes legales previstos, pero introduciéndole modificaciones (incluso el presunto por defecto), o configurar uno propio.

25. El contenido atípico, o no necesario, por otra parte, podría contener: a) atribuciones patrimoniales no modificativas del régimen económico, entre las que podrían incluirse donaciones *propter nuptias* entre los futuros cónyuges (arts. 1336 y ss. CC) o las realizadas por terceros, promesas de mejorar (art. 826 CC), mejoras irrevocables (art. 827 CC), la delegación de la facultad de distribuir y mejorar a que se refiere el artículo 831 CC, pactos sucesorios permitidos por las leyes, etc.; b) negocios jurídicos de familia no patrimoniales, como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial; c) en general, todos los actos y negocios que pueden y deben constar en escritura pública, como un negocio constitutivo de un derecho real (una hipoteca, por ejemplo)<sup>37</sup>.

26. El artículo 1325 CC permite concluir así que no es necesario ni indispensable para la validez de los capítulos que éstos contengan su contenido típico. Por tanto, como adelantábamos, las capitulaciones pueden englobar situaciones jurídicas de muy variada índole, insistiendo la doctrina en que éstas “son algo más que el régimen económico del matrimonio”. No obstante, nos planteamos hasta qué punto el contenido atípico podría prescindir por completo de cualquier cuestión de ordenación económica del matrimonio para recoger acuerdos relacionados con la esfera más personal de los cónyuges<sup>38</sup>. Habida cuenta de que en la actual configuración de las relaciones familiares la autonomía de la voluntad va desplazando progresivamente a las normas prohibitivas de orden público<sup>39</sup>, y de que las últimas reformas en materia de derecho familiar relativas a la separación y divorcio privaron en nuestro ordenamiento jurídico de carácter coercitivo a los deberes conyugales<sup>40</sup>, no vemos inconveniente en que los cónyuges puedan incluir, sobre todo, pactos patrimoniales relacionados con sus relaciones más personales, sin que ello tenga que desvirtuar el carácter institucional de los capítulos.

---

la distinción a las determinaciones normativas que regulan el establecimiento, la modificación o la sustitución del régimen económico del matrimonial”.

<sup>37</sup> Clasificación realizada por AINHOA GUTIÉRREZ, referenciada en A.J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual. Tratado de Derecho de Familia*, T. II, Lex Nova, 2009, p. 46.

<sup>38</sup> M<sup>a</sup> A. PARRA LUCÁN, “Autonomía de la voluntad...*cit.*”, p.160.

<sup>39</sup> *Vid.* A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía... cit.*, p. 281; A.J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...cit.*, p. 27.

<sup>40</sup> En este sentido, BARRIO GALLARDO se hace eco del peligro de convertir las capitulaciones en un “cajón de sastre” de la autonomía de la voluntad conyugal, en una suerte de libro de familia contractual donde se detallan al milímetro todos los aspectos de la vida conyugal, opinando que muchas de estas obligaciones de carácter personal no darán lugar a una indemnización por incumplimiento contractual cuando la opción del legislador ha sido suprimir las causas que culpabilizaban el divorcio y dejar la opción de una libre extinción del vínculo matrimonial. El autor cuestiona la paradoja de que, expulsado el divorcio como decisión de policía jurídica tras la Ley 15/2005, pudiesen ampararse en la autonomía privada para recuperarlo por la puerta trasera e incorporar así el reproche culpabilístico para valorar y reprobar la conducta conyugal durante el matrimonio; y concluye negando que en un sistema de divorcio libre pueda admitirse la responsabilidad civil por incumplimiento de deberes conyugales. Así lo expone en sus reflexiones sobre matrimonio y responsabilidad civil en *Autonomía Privada y matrimonio*, Reus, 2016, pp. 68-78. *Vid.* en el mismo sentido, M. MARTÍN CASALS y J. RIBOT, “Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIV, 2011, p. 446. Interesantísima y necesaria cuestión a debatir, estudiada en profundidad por autores imprescindibles en la materia como E. LLAMAS POMBO, *cf.* “Responsabilidad civil y derecho de familia”, en *Reflexiones sobre Derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, 2010, que merece el protagonismo de otro trabajo.

## 2. Capitulaciones en derecho comparado europeo

27. Como decíamos, suscribiendo a AÑOVEROS TERRADAS<sup>41</sup>, los denominados pactos o capitulaciones matrimoniales a través de los cuales los cónyuges determinan su régimen económico matrimonial, han sido, desde una perspectiva internacional privatista, el ámbito clásico de admisión de la autonomía de la voluntad conflictual en Derecho internacional de familia; esto es, expresión de la posibilidad dada a los cónyuges de elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Ámbito de autonomía privada que se ha visto sustancialmente reforzado y ampliado a través de la adopción, mediante el mecanismo de cooperación reforzada, del RREM.

28. El concepto de “pactos o capitulaciones matrimoniales”, también conocidos como “contratos de matrimonio”, presenta una gran complejidad tanto desde una perspectiva sustantiva como conflictual, ya que engloba distintas realidades con finalidades divergentes cuya calificación será imprescindible para determinar las normas de Derecho internacional privado aplicables tanto dentro del bloque normativo europeo de referencia como dentro del Derecho autónomo de cada Estado.

29. En efecto, la autora citada señala que desde una perspectiva sustantiva las capitulaciones matrimoniales han sido ampliamente admitidas y reguladas por los distintos ordenamientos jurídicos europeos en la medida en que, a través de las mismas, los cónyuges establecen las reglas relativas a su régimen económico matrimonial (estipulándolo, modificándolo o sustituyéndolo). En este sentido, en la mayoría de ordenamientos jurídicos de tradición civilista<sup>42</sup> suele distinguirse dentro del concepto “régimen económico matrimonial” un régimen primario y otro secundario. El primero, abarcaría derechos y deberes generales de los cónyuges, con contenido de carácter eminentemente patrimonial e indisponible para los mismos por su naturaleza imperativa; y que suponen un claro límite a la autonomía de la voluntad de las partes, pues no admiten pacto en contrario<sup>43</sup>. Mientras que el régimen económico matrimonial secundario, por su parte, incluye una doble tipología, la pactada y la legal; siendo la primera de ellas la que ahora nos interesa, pues abarca el régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges, el elegido a través de las capitulaciones o pactos matrimoniales, a través de los cuales los esposos o futuros contrayentes se apartan del régimen legal<sup>44</sup>.

30. Pues bien, en el marco de los denominados regímenes económicos matrimoniales secundarios pactados, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones las partes nada pactan sobre sus relaciones económicas una vez contraído matrimonio, se deberá tener en cuenta la realidad de los regímenes matrimoniales secundarios legales, sobre los que existe una enorme diversidad entre los Estados miembro de la Unión Europea, a pesar de poder ser agrupados, como identifica QUINZÁ REDONDO<sup>45</sup>, en tres grandes grupos: comunitarios, de participación y de separación. Habrá que tener en cuenta aquí la existencia de

<sup>41</sup> Vid. “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 822.

<sup>42</sup> A grandes rasgos, podríamos incluir entre los sistemas de derecho civil todos los de los Estados miembros de la Unión Europea, menos Irlanda; ya que Reino Unido está actualmente fuera de la Unión (de la que salió el 31 de enero de 2020).

<sup>43</sup> Vid. Un análisis de derecho comparado de las normas que conforman el Régimen económico matrimonial en los ordenamientos de tradición civilista de la UE en P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico...cit.*, pp. 45-47.

<sup>44</sup> P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico...cit.*, pp. 26-27 y p. 43.

<sup>45</sup> Quien señala que “los regímenes legales, supletorios a lo dispuesto por las partes, son susceptibles de incardinarse en tres grandes grupos que coexisten en los distintos Estados miembro de la Unión Europea: a) En primer lugar, los regímenes económico matrimoniales de tipo comunitario, en los que desde la celebración del matrimonio se forma una comunidad de bienes entre los cónyuges que se divide por partes iguales al tiempo de su disolución. b) Por otro lado, los regímenes de participación implican la separación de patrimonios, pero generan un derecho de participación en las ganancias o beneficios patrimoniales del otro cónyuge en el momento de su extinción. c) Finalmente se encuentran los regímenes de separación, que a semejanza de los de participación implican la separación en algunos Estados miembro, la opción de las partes no estriba únicamente en seleccionar entre uno u otro régimen económico matrimonial establecido por los distintos legisladores nacionales con carácter legal, o en modificarlo eventualmente. En otras palabras, su autonomía supera esta limitada opción y, así, los pactos o capitulaciones matrimoniales permiten, pactar sobre otros aspectos patrimoniales más allá del propio régimen económico matrimonial de patrimonios durante su vigencia, mas no generan derecho de participación alguno, sino a lo sumo, un derecho de compensación para el cónyuge que ha sufrido un desequilibrio patrimonial”, *Régimen económico...cit.*, pp. 26-27.

peculiaridades entre los distintos ordenamientos de la Unión Europea al compás de la existencia o no de regímenes legales diseñados por el legislador estatal. En algunos Estados miembros, la opción de las partes no se limita a seleccionar entre uno u otro régimen económico matrimonial establecido legalmente, o a modificarlo eventualmente; sino que su autonomía es más amplia y los pactos o capitulaciones matrimoniales les permiten pactar sobre otros aspectos patrimoniales más allá del propio régimen económico matrimonial.

**31.** Así, en Europa, junto a esta concepción de las capitulaciones matrimoniales orientadas a una finalidad claramente matrimonial, otros ordenamientos, como el alemán o, dentro del panorama foral español, el catalán, los conciben de una forma mucho más amplia, dando cabida a pactos de muy diversa índole y de contenido distinto a la determinación del régimen económico matrimonial. Así, el Libro II del Código Civil de Cataluña, dedicado a la persona y la familia<sup>46</sup>, establece en su artículo 231-19 el contenido de los capítulos matrimoniales señalando que en ellos “se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial”; dedicando el siguiente artículo, de forma mucho más amplia, a regular los pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Otro ejemplo, Reino Unido, que ha formado parte de la Unión hasta enero de 2020, se ha caracterizado en este ámbito (salvo Escocia) por ser muy reactivo a la admisión de los pactos matrimoniales, fundamentalmente por el sistema previsto en estos ordenamientos del *common law* en el que tradicionalmente ha sido el Juez del divorcio quien ha distribuido las propiedades de los cónyuges y decidido sobre las consecuencias económicas de la disolución de una forma global<sup>47</sup>.

**32.** QUINZÁ REDONDO<sup>48</sup> aborda la diferencia entre los pactos o capitulaciones matrimoniales en los sistemas europeos de derecho civil y los acuerdos matrimoniales en el *common law* de Inglaterra y Gales. Así, mediante los primeros, se elige un concreto régimen económico matrimonial o se modula el legal supletorio por lo que respecta a la composición, administración o distribución del patrimonio, y se centran en la función del régimen durante el matrimonio, sin perjuicio de que su contenido resulte especialmente relevante al tiempo de la disolución del matrimonio para determinar qué bienes corresponden a cada cónyuge, pero regulan las consecuencias patrimoniales desde el mismo momento del matrimonio o de la consecución del pacto. En cambio, los acuerdos matrimoniales de Inglaterra y Gales están centrados en las consecuencias financieras de la disolución del vínculo matrimonial, siendo esta circunstancia la que producirá su activación.

**33.** Este panorama europeo al que nos enfrentamos denota la imperiosa necesidad de delimitar claramente el ámbito de aplicación, sobretodo material, del Reglamento respecto a los diferentes pactos matrimoniales. El RREM define someramente las capitulaciones, en su Considerando 48, al señalar que “Las capitulaciones matrimoniales son un tipo de disposición sobre el patrimonio matrimonial cuya admisibilidad y aceptación varía entre los Estados miembros”. Además, incluye una definición autónoma de capitulaciones matrimoniales en su artículo 3, entendiéndose por tales, a efectos del Reglamento, “el acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial”. Previo a este concepto, en primer lugar, se encuentra la definición de régimen económico matrimonial, definido de forma autónoma como el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”. El RREM establece así, con las primeras definiciones de este precepto, una vinculación directa entre los pactos y el régimen económico matrimonial<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; Publicado en DOGC núm. 5686, de 05/08/2010 y BOE núm. 203, de 21/08/2010.

<sup>47</sup> AÑOVEROS TERRADAS apunta que fue a partir de la famosa sentencia del Tribunal Supremo británico en el asunto *Radmacher y Granatino* cuando se les empezó a dar validez y eficacia, propiciando un proyecto de reforma que contempla su admisión. *Vid.* en “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 825 (N.P. 24).

<sup>48</sup> *Régimen económico...cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>49</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 826.

### 3. Validez de las capitulaciones y límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes

34. Cuando ROCA TRÍAS<sup>50</sup> reconoce que el ejercicio de la autonomía de la voluntad a través de los negocios jurídicos familiares ha estado formulado en el Derecho español habitualmente en función de las capitulaciones matrimoniales, advierte que la defensa de este principio de autonomía privada en sede conyugal no puede abstraerse de la existencia de límites legales tan trascendentales que ponen en duda el propio ámbito de la referida autonomía. Esta autora pone de manifiesto que en sede familiar habrá que tener en cuenta otros condicionantes específicos que van a constreñir el ámbito de autonomía de la voluntad, dado que existe un auténtico orden público familiar reconocido por nuestro ordenamiento, para el cual, el matrimonio es algo más que un contrato, es una institución bifronte, con una fuerte proyección pública por cuanto es fuente de un estado civil y a la vez con otra proyección privada, por cuanto es fuente de un modelo de convivencia y solidaridad.

35. Las limitaciones que menciona *in fine* el artículo 1315 CC son a las que hace referencia el artículo 1328 CC, relativas no sólo al régimen económico matrimonial sino también al contenido atípico, a cualquier pacto que se incluya en las capitulaciones; a saber: “será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”. La limitación afecta, por tanto, en primer lugar, a las leyes imperativas que definen el contenido propio del estado civil de casado. Tanto lo que se refiere a la constitución, con derechos y deberes (como los relativos a la patria potestad y a la tutela o al derecho de alimentos), y a las normas de régimen económico matrimonial primario (que impedirá la desatención de las necesidades básicas de la familia y que los cónyuges puedan exonerarse del levantamiento de las cargas ordinarias de la misma), como a los presupuestos de la disolución, se considera innegociable y de estricta observancia, por lo que el ámbito de autonomía de la voluntad aquí encuentra poca cabida.

36. En segundo lugar, la limitación afecta a un pacto contrario a las buenas costumbres, que en el ámbito patrimonial se manifestaría como una prohibición de vulnerar los poderes autónomos patrimoniales de cada cónyuge (como contravenir las capacidades de gestión, administración o disposición de alguno de los cónyuges en pactos que conlleven la exigencia de licencia de uno de ellos). Aunque la doctrina entiende que este límite, que entronca con las nociones de la moral y la ética social en sede matrimonial, se referiría más a las estipulaciones familiares y a los efectos personales del matrimonio que a los patrimoniales puros<sup>51</sup>. Así, un acuerdo contrario a las buenas costumbres podría ser también el de no convivir juntos o no guardarse del deber de fidelidad (deberes inherentes al matrimonio previstos en el artículo 68 del Código Civil), pactos que en todo caso están prohibidos, la atribución de bienes a cambio de una conducta prohibida, o el establecimiento de un régimen para encubrir situaciones ilícitas, por ejemplo.

37. Y, por último, el tercer límite a la libertad capitular lo constituye la igualdad de derechos entre cónyuges al amparo de la Constitución, por razón del sexo (artículo 14) y del propio matrimonio (art. 32), y del principio de igualdad entre cónyuges que proclama asimismo el artículo 66 del CC. PÉREZ MARTÍN<sup>52</sup> referencia que son fundamentalmente tres los supuestos que se han planteado: la estipulación de un régimen dotal que comprendiese bienes futuros, pues supondría la dejación por un cónyuge de todos los poderes económicos en manos del otro, poniendo en riesgo su autonomía personal; el pacto por el que se otorgase la administración de los bienes comunes a uno solo de los cónyuges, resultando éste manifiesta e irrevocablemente aventajado en el reparto de poderes y beneficios respecto del otro;

<sup>50</sup> *Autonomía, crisis matrimoniales...cit.*, pp. 2107-2108.

<sup>51</sup> A.J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales...cit.*, p. 50.

<sup>52</sup> *Pactos prematrimoniales...cit.*, p. 51. En cambio, no habría inconveniente en pactar normas de administración y disposición de los bienes comunes (si se quiere, será como un régimen nuevo o en algo distinto al nombre dado) ya que su admisión está reconocida en el artículo 1375 CC: “En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes”.

y el pacto por el que se faculta a uno solo de los cónyuges a disponer de los bienes comunes. A este último límite habría que añadir la actuación en interés de la familia, parte del contenido del artículo 67 del CC, como presupuesto del principio de solidaridad y colaboración entre los cónyuges; y atendiendo especialmente al interés superior de los hijos menores, en caso de que los hubiese. En este sentido, LUNA SERRANO<sup>53</sup> entiende que ese interés no sería propiamente el de la institución familiar, ni tampoco el de aquel grupo concreto comprendiendo a todos lo que se hallan unidos por vínculo de parentesco cercano o lejano, sino precisamente el del conjunto formado por los cónyuges y su descendencia inmediata.

**38.** Con respecto a este tercer límite, la STS de 30 de mayo de 2018<sup>54</sup> resuelve sobre la validez de un pacto prematrimonial notarial en el que los futuros cónyuges regularon ciertos aspectos de carácter económico, con incidencia exclusiva sobre ellos, para el caso de que se produjese una eventual separación, valorando si se había conculcado el principio de igualdad entre cónyuges<sup>55</sup>. En dicho acuerdo, los contrayentes estipularon que, en caso de divorcio, ninguno de ellos reclamaría al otro ni indemnización, ni pensión compensatoria alguna ni el uso del domicilio conyugal. El pronunciamiento analiza, por una parte, la existencia de un posible vicio del consentimiento por la esposa demandante (que alegaba falta de conocimiento sobre la trascendencia de lo efectuado e ignorancia de la lengua española, encontrándose en una situación de inferioridad) y, por otra, la contrariedad del contenido del pacto con el ordenamiento jurídico, debido a la posible lesividad del orden público y de la libertad, igualdad y dignidad de la parte más débil. La problemática planteada por esta sentencia incide, pues, tanto en el control sobre el proceso de formación del consentimiento como en el control sobre la adecuación del acuerdo al ordenamiento jurídico, que en principio se ubicarían en la fase de la celebración del acuerdo.

Dicho pacto en previsión de ruptura no constaba en capitulaciones matrimoniales (de estos acuerdos prematrimoniales nos ocuparemos más adelante), pero la resolución nos es de utilidad para atender a la valoración sobre la adecuación del acuerdo al principio de igualdad entre los cónyuges. En este sentido, el TS concluye que la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada cuando en su Fundamento de Derecho Séptimo determina: “De lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dña. Gloria, por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz”. La sentencia acude a la STS de 24 de junio de 2015<sup>56</sup>, en el que ambas personas eran también instruidas y preparadas, como en el presente caso, y resalta que resulta de la sentencia que “solo si se parte de un estado de necesidad de uno de los cónyuges, en el cual el otro tiene una economía saneada, de forma que la separación o divorcio implica un importante desequilibrio puede considerarse

<sup>53</sup> Autor citado por A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía... cit.*, p. 97.

<sup>54</sup> RJ 2018/2358.

<sup>55</sup> *Cf.* STS de 24 de junio de 2015, sentencia núm. 392/2015 (RJ 2015/2657), en cuanto su doctrina es invocada como infringida por la esposa demandante y recurrente en Casación. Dicha resolución entiende que la posibilidad de estos pactos es aplicable a los territorios que se rigen por el Código Civil, diciendo: “En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (artículo 1255 del Código Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en art. 25 de la Ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana (declarada inconstitucional por la Sentencia 82/2016, de 28 de abril de 2016)”. Y concluye el Alto Tribunal: “De lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el artículo 90.2 del Código Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido el art. 39 de la Constitución Española (CE) cuando establece la protección de la familia y de la infancia”. *Cf.* A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, N° 109, 2019.

<sup>56</sup> RJ 2015/2657.

conculcando el derecho a la igualdad de los cónyuges y con ello contrario el pacto a la ley, en aras a lo establecido en el artículo 1328<sup>57</sup>. En definitiva, la resolución señala que el pacto no atenta a la ley, la moral o al orden público ni causa perjuicio a terceros, puesto que se firmó con pleno conocimiento del mismo, y no se consideran sorprendivos los pactos que se firmen con suficiente antelación a la celebración del matrimonio.

A la vista de lo expuesto, la sentencia mencionada concibe la igualdad desde la perspectiva de ausencia de sumisión o de posición de superioridad, atendiendo a los artículos 14, 17 y 19 de la Constitución Española (en adelante, CE). Y es que, tras la Constitución de 1978, el principio de igualdad lleva consigo, con carácter general, la prohibición de normas que impliquen una limitación de la capacidad de uno de los cónyuges o una supremacía personal de uno de los cónyuges en detrimento del otro<sup>57</sup>. La validez de las capitulaciones exige una remisión, asimismo, a las reglas generales de los contratos, atendiendo al artículo 1335 CC<sup>58</sup> e interpretando esas limitaciones bajo el prisma de la especial función que cumplen estos pactos en el Derecho de Familia<sup>59</sup>.

**39.** Así sucede en el resto de Europa, donde los pactos o capitulaciones, aunque son un tipo de contrato especial enmarcado en el derecho de familia, están sujetos a las normas generales de las obligaciones contractuales. En virtud de ello, cuando el contenido del acuerdo matrimonial vulnera el orden público o las normas imperativas, e incluso cuando la ley exija una determinada forma *ad solemnitatem* que no se cumple, se producirá la nulidad del negocio jurídico. Del mismo modo, los vicios del consentimiento acarrearán la anulabilidad de los pactos o capitulaciones matrimoniales como si de un contrato normal se tratara<sup>60</sup>.

Sin embargo, junto a este entramado normativo de base, en algunos de los Estados miembros de la UE se contienen normas especiales en materia de derecho de familia que permiten la intervención judicial respecto del contenido del acuerdo y que vienen a complementar las sanciones propias de la invalidez del régimen general contractual. Cada uno de los ordenamientos perteneciente a este grupo presenta particularidades por lo que respecta al carácter vinculante de los pactos o capitulaciones matrimoniales. QUINZÁ REDONDO<sup>61</sup> destaca los casos de Finlandia, donde un cónyuge puede solicitar la revisión del acuerdo matrimonial para que se ajuste la distribución de los bienes al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, debiendo el juez valorar si el mantenimiento del acuerdo produce un resultado injusto o si uno de los cónyuges recibe un beneficio económico desigual, teniendo en cuenta factores como la duración del matrimonio, la contribución de los cónyuges a las tareas del hogar y los bienes y recursos disponibles de ambos, pudiendo finalmente modificar o ajustar del acuerdo. En Alemania, por ejemplo, el juez puede examinar si una distribución inequitativa de las cargas emanada del contenido del acuerdo vulnera el “núcleo duro” que debe respetarse en todos los casos relacionados con las consecuencias del divorcio. Por otra parte, Lituania contiene una regulación detallada de casos en los que un contrato matrimonial es nulo de pleno derecho y, por tanto, apto para ser revisado judicialmente (destacando, entre otros, la violación grave del principio de igualdad entre los cónyuges, o el carácter desfavorable del contenido del acuerdo para uno de ellos); mientras que en Hungría, pese a que se aplican las reglas generales de los contratos, parece existir, en opinión de este autor, cierta protección en relación con la parte más débil de la relación jurídica, y también, por lo que respecta a los hijos comunes.

**40.** Por tanto, pese a que el contenido típico y común de los pactos o capitulaciones matrimoniales encuentra su razón de ser en la elección, diseño o modulación de un régimen económico matrimonial, lo cierto es que la expansión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en esta materia permi-

<sup>57</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, Dykinson, Madrid, 2010, p. 141.

<sup>58</sup> Esta remisión a la teoría general de los contratos y la atención a que “las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe”, como advierte la Sentencia nº 461/2000 de AP Valencia de junio de 2000, obliga a acudir a los artículos 1303 y 1307 del Código Civil, dado que esa declaración de nulidad comporta obviamente la vuelta de las cosas a su estado anterior a través de la desaparición de todos los efectos producidos por el acto que se invalida.

<sup>59</sup> A. ROMÁN GARCÍA, “Eficacia de los regímenes económicos matrimoniales...*cit.*”

<sup>60</sup> P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico...cit.*, pp. 26-27, pp. 39-40.

<sup>61</sup> *Ibidem.*

te, en algunos Estados miembros, ampliar el contenido del pacto capitular a otro tipo de acuerdos sobre aspectos patrimoniales<sup>62</sup>; de este tipo de pactos nos ocuparemos a continuación. Teniendo en cuenta que esta creciente autonomía de la voluntad encuentra sus límites, en muchos de los Estados miembros de la Unión, no sólo en las normas generales sobre derecho de contratos, sino también en el control judicial respecto al contenido de dichos acuerdos.

#### 4. Su diferenciación con los pactos en previsión de crisis

41. Los acuerdos celebrados entre los cónyuges o futuros cónyuges donde se contemplan las consecuencias de una posible ruptura familiar por separación o divorcio se vienen denominando, distinguiéndolos de las capitulaciones, “pactos en previsión de crisis conyugal”<sup>63</sup>; a cuyo estudio dedicamos otro apartado posteriormente. Sin más pretensión ahora, pues, que delimitarlos de las capitulaciones matrimoniales en sentido estricto, PINTO ANDRADE<sup>64</sup> consolida entre la doctrina la definición de estos pactos en los siguientes términos: “consisten en decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de celebrado el matrimonio dirigidas a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial”. Añadiendo a continuación que también podrían definirse como “aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales quienes tienen proyectado contraer matrimonio o se encuentran en situación de normal convivencia matrimonial regulan total o parcialmente las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su matrimonio sea por separación o divorcio”.

El pacto prenupcial, como también se denomina, es, en definitiva, un contrato cuya eficacia queda sometida a la condición de que en un momento posterior se produzca una crisis matrimonial, y tiene un carácter previsor de las consecuencias que se derivarán de dicha crisis<sup>65</sup>. No obstante, a pesar de admitirse que se puedan suscribir antes o después de contraer matrimonio (desnaturalizando así su denominación “prenupcial”), el pacto en previsión de ruptura posterior al matrimonio, pero previo a la crisis conyugal, puede conllevar que se cuestione su validez por posible vicio del consentimiento por parte de uno de los cónyuges; habrá que atender en ese caso a los límites generales de la autonomía de la voluntad y a los presupuestos de validez del consentimiento prestado por los cónyuges.

42. Autores como RODRÍGUEZ BENOT<sup>66</sup> diferencian, en síntesis, las capitulaciones matrimoniales de los acuerdos prematrimoniales (*prenuptial agreements* o *prenups*) en que, respecto a la finalidad, aquéllas regulan los efectos patrimoniales de la vida de la pareja en matrimonio mientras que los *prenups* se celebran en previsión de ruptura; desde el punto de vista temporal, las capitulaciones pueden concluirse antes o después de la celebración del matrimonio pero los *prenups* sólo podrían hacerse antes; respecto del contenido, las primeras sólo abordarían cuestiones patrimoniales, mientras que los segundos tendrían la flexibilidad de incluir cuestiones patrimoniales y personales; en lo que atañe a la forma, las capitulaciones suelen requerir para su validez un acto notarial, mientras que en los *prenups* impera la ausencia de formalismo excesivo; en cuanto a las fuentes, las primeras se someten al Derecho positivo y los segundos a la jurisprudencia en la mayoría de ordenamientos; finalmente, el autor señala que la modificación de una capitulación suele ser rígida y la de un acuerdo prenupcial flexible.

43. El cierre del artículo 1325 CC, al admitir como contenido de las capitulaciones matrimoniales, “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo” justificaría, en nuestra opinión, la inclusión

<sup>62</sup> M<sup>a</sup> D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 24.

<sup>63</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, “Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, p. 442.

<sup>64</sup> *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 47-48.

<sup>65</sup> Así, J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)”, *Boletín de Derecho de familia*, N<sup>o</sup> 81, julio 2008, p. 11.

<sup>66</sup> “Los efectos patrimoniales de los matrimonios...*cit.*”, p. 28.

de estos pactos como parte del contenido atípico de las capitulaciones matrimoniales<sup>67</sup> (que pueden contener a su vez o no, como ya adelantamos, el contenido típico relativo a la determinación del régimen económico matrimonial); por tanto, cabría la celebración de estos pactos, igualmente a las capitulaciones en sentido estricto, antes o durante el matrimonio. Por otra parte, CAVANILLAS SÁNCHEZ<sup>68</sup> considera que esas otras estipulaciones relativas al matrimonio serán usualmente de carácter personal y familiar, pues “es admisible que los cónyuges se refieran en capitulaciones matrimoniales a cuestiones no patrimoniales, aunque no es infrecuente que consten en documento complementario”; asegurando que eso viabiliza el pacto entre quienes, antes o después de ser cónyuges, quieren establecer preventivamente un acuerdo “contemplando las consecuencias de la posible ruptura matrimonial es caso de la eventual separación o un posterior divorcio”.

44. Por ello, no habría problema en considerar, junto con FIGUEROA TORRES<sup>69</sup>, que el instrumento idóneo (aunque obviamente no sería el único) para recoger los pactos y acuerdos sobre cualquier aspecto de la relación matrimonial son las propias capitulaciones matrimoniales; dado que, si bien no es opinión unánime, la mayoría de la doctrina civilista española admite un concepto amplio de las mismas<sup>70</sup>. Y es que gran parte del contenido que se señala en capitulaciones matrimoniales puede coincidir con el previsto en un acuerdo prematrimonial y convertirse así en instrumentos homogéneos. No obstante, su admisión como parte de las capitulaciones no sería automática, habría que valorar en todo caso el contenido que cabe dentro del término capitulaciones matrimoniales de acuerdo al ordenamiento jurídico español, atendiendo fundamentalmente a tres límites de diferente naturaleza<sup>71</sup>: 1. Temporal (las previsiones recogidas en capitulaciones respecto a un futuro matrimonio quedarán sin efecto en el plazo de un año, en base al art. 1334 CC); 2. Formal (las capitulaciones deben constar en escritura pública, art. 1327 CC); 3. Material (las capitulaciones no pueden incluir estipulaciones que sean contrarias a las leyes, a las buenas costumbres o que limiten la igualdad de los cónyuges, art. 1328 CC).

45. Así pues, se admite que el contenido de las capitulaciones vaya más allá de lo relativo al régimen económico matrimonial, pudiendo versar tanto sobre aspectos patrimoniales como personales de los cónyuges (deberes conyugales, convivencia común, socorro mutuo), puesto que los efectos personales también son efectos del matrimonio; resultando especialmente comunes los acuerdos referentes a la liquidación del régimen económico matrimonial en la separación de bienes (modulando, en particular, la compensación por el trabajo para la casa) y los relativos a la pensión compensatoria o similar. En cualquier caso, como veremos más detalladamente, la autonomía de la voluntad en este ámbito se encuentra limitada a los casos en que se descuiden las necesidades básicas, materias que afecten a los hijos o en las que no se respete el interés superior del menor y casos que coloquen a uno de los cónyuges en una situación desproporcionada, resultando gravemente perjudicado uno de los cónyuges, pudiendo en estos supuestos intervenir la autoridad judicial correspondiente para modular el contenido del acuerdo o dejarlo sin efecto<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> Así, M. FIGUEROA TORRES, *Autonomía de la voluntad...cit.*, p. 179.

<sup>68</sup> “Las Capitulaciones Matrimoniales”, en *Derecho de Familia*, G. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, (coord.), Thomson Reuters, 2012, p. 593.

<sup>69</sup> *Autonomía de la voluntad...cit.*, p. 183.

<sup>70</sup> Entre otros, y sin ánimo exhaustivo, A. CAVANILLAS SÁNCHEZ, “Comentario al art. 1325 del Código Civil”, en A. CAÑIZARES LAZO, P. DE PABLO CONTRERAS CRESPO, F.J. ORDUÑA MORENO, M.R. VALPUESTA MORENO (Dirs.), *Código Civil Comentado*, 2ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 837-838; J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos...cit.”, p. 11; V. GULIARTE GUTIÉRREZ, C. GULIARTE MARTÍN-CALERO; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO; N. RAGA SASTRE, “Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón del matrimonio”, en M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. III, 2ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 493-495. En sentido contrario, *cft.* A.L. CABEZUELO ARENAS, “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?”, en *Aranzadi Civil*, Nº 18, 2004, p. 2376.

<sup>71</sup> Así, I. ANTÓN JUÁREZ, *Acuerdos prematrimoniales internacionales*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 115-116.

<sup>72</sup> Sobre estos límites, Mª D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales...cit.*, p. 25; M. FIGUEROA TORRES, *Autonomía de la voluntad...cit.*, pp. 195-212; C. PINTO ANDRADE, *Pactos matrimoniales...cit.*, pp. 60-62; y, en Cataluña, L. ALLUEVA AZNAR, “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, en *Indret*, Nº 1, 2013, p. 13. Y, en el



46. Como señala QUINZÁ REDONDO<sup>73</sup>, esta posibilidad, de arraigada tradición anglosajona, se encuentra prevista ya explícitamente en algunos Estados miembro de la Unión Europea, como Alemania<sup>74</sup> o, dentro de España, en ordenamientos forales como el catalán<sup>75</sup>. Si bien nuestra legislación civil común no contempla estos pactos, la polémica respecto a la validez y ejecución de este tipo de acuerdos quedó zanjada con la STS de 31 de marzo de 2011<sup>76</sup>, que los reconoció expresamente; extendiendo los límites de la autonomía de la voluntad al permitir un contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales más allá de la propia elección o modificación de un determinado régimen económico matrimonial, quedando incluidos aspectos que se refieran también a prever los efectos de una futura ruptura.

47. Dicha ampliación de los márgenes de autonomía de la voluntad en este ámbito va en consonancia con la realidad fáctica internacional, en la que cada vez es más común encontrar acuerdos prematrimoniales con elemento extranjero donde se prevén los efectos de una eventual ruptura y con su admisión vía jurisprudencial<sup>77</sup>. Prueba de la aceptación en aumento de estos pactos por parte de nuestros Tribunales es la citada STS sobre acuerdos prematrimoniales, de 30 mayo del 2018<sup>78</sup>, que resuelve sobre un acuerdo prematrimonial celebrado entre rusa y español, a propósito de una renuncia a la pensión compensatoria convenida en un pacto prematrimonial.

48. Aun así, no hay que olvidar que las capitulaciones matrimoniales es un negocio jurídico formal, exigiéndose legalmente la necesidad de que se formalice en escritura pública (art. 1327 CC). No obstante, esa rigidez formal, no es extensible, a la luz del ordenamiento jurídico español, sobre los acuerdos prematrimoniales, que solo tienen como objetivo hacer previsiones sobre una posible ruptura. ANTÓN JUÁREZ<sup>79</sup> señala que “dicho pacto se podría contener en un acuerdo privado y podría ser formalmente válido”. Es precisamente esa libertad de forma, y también de fondo, permitida en el Derecho civil español, la razón de que los acuerdos prematrimoniales sean negocios jurídicos cada vez más presentes en nuestros días; más aún si atendemos a la concepción actual del matrimonio, los matrimonios mixtos, los matrimonios deslocalizados, las segundas y sucesivas nupcias, el fácil acceso al divorcio, entre otras razones.

---

mismo sentido respecto a la inclusión de cuestiones personales en el contenido de las capitulaciones, I. ANTÓN JUÁREZ, *Acuerdos prematrimoniales...cit.*, p. 117.

<sup>73</sup> *Régimen económico...cit.*, pp. 38-39.

<sup>74</sup> Art. 1408.2 y 1585.c) CC alemán.

<sup>75</sup> Previstos en el art. 231-20 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC catalán, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010). Y, a pesar de que es en Derecho civil catalán donde más se regula sobre esta materia, no obsta para que otros Derechos forales también recojan, de forma menos explícita, disposiciones a favor de los pactos entre los cónyuges, ya se realicen antes o después de la celebración del matrimonio. Así, *ad ex., vid.*: art. 185 del Real Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, 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; los arts. 172 y 174 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. A mayor abundamiento, *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *Acuerdos prematrimoniales...cit.*, pp. 110-113.,

<sup>76</sup> RJ 2011/3137.

<sup>77</sup> I. ANTÓN JUÁREZ, señala en este sentido que “Los matrimonios mixtos, los matrimonios deslocalizados, las segundas y sucesivas nupcias, la concepción actual del matrimonio y el fácil acceso al divorcio, entre otras, son las razones que dan lugar que cada vez sea más habitual que jueces, abogados y notarios tengan que revisar o asesorar sobre este tipo de pactos”, en “Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: el test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº 1, 2019, p. 83. *Cf.* M<sup>a</sup> D. CERVILLA GARZÓN, “Reflexiones en torno a los acuerdos prematrimoniales con previsiones de ruptura en nuestro derecho actual. A propósito de la Sentencia del TS de 24 de junio de 2015”, en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 229-230, quien reflexiona sobre que la novedad de los acuerdos prematrimoniales es más aparente que real señalando que en el ordenamiento jurídico español ha existido la tradición de que los futuros cónyuges puedan incluso antes de haber celebrado el matrimonio cambiar el régimen legal supletorio por otro que consideren más adecuado para ellos. *Vid.*, de esta misma autora, *Los acuerdos prematrimoniales...cit.*, pp. 57-143 y “Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018”, en *Diario La Ley* Nº 9301, La Ley 13737/2018.

<sup>78</sup> RJ 2018/2358.

<sup>79</sup> “Acuerdos prematrimoniales en previsión...cit.”, p. 86.

## II. Regulación nacional y europea de la autonomía privada en las relaciones económicas pactadas en el matrimonio

### 1. Regulación nacional

#### A) Derecho común

49. Como adelantábamos, la libertad capitular, aplicación concreta del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial, se enmarca en el Título III “Del régimen económico matrimonial”, y está consagrada en los artículos 1315 y 1325 CC. En virtud de la misma cada unión matrimonial puede, dentro de los límites generales fijados para la autonomía privada y de otros más específicos, señalados para el Derecho de Familia en el art. 1328 CC, diseñar a medida la economía de su matrimonio.

Así, el artículo 1315 CC proclama el principio de autonomía de la voluntad entre los cónyuges, disponiendo que el régimen económico matrimonial será el que pacten entre ellos. Los cónyuges, e incluso los futuros cónyuges vigente el matrimonio, pueden pactar en capitulaciones matrimoniales el régimen que tengan por conveniente, que puede ser uno de los previstos por la ley, común o foral, o uno atípico que ellos mismos constituyan. De este precepto se deduce, como decíamos, que no existe matrimonio sin régimen matrimonial<sup>80</sup>.

50. A continuación, en el Capítulo II “De las capitulaciones matrimoniales”, integrado por los artículos 1325 a 1335, el Código Civil se ocupa de desarrollar la normativa de este negocio jurídico bilateral entre cónyuges. Por su parte, el artículo 1325 deja claro que no es necesario ni imprescindible que las capitulaciones contengan su contenido típico, dejando a la autonomía privada de las partes que las capitulaciones alberguen estipulaciones de carácter tanto económico como personal en razón del matrimonio y dando cabida de forma tácita, a nuestro entender, a la inclusión de pactos en previsión de crisis como parte del contenido atípico de las capitulaciones matrimoniales.

Al respecto, la STS de 15 de junio de 2005<sup>81</sup>, determinó que el art. 1325, así como el 1315 del CC, “vienen a consagrar la autonomía de los cónyuges para establecer su régimen matrimonial y, dada la naturaleza contractual de las capitulaciones, el precepto autoriza a sustituir o modificar dicho régimen en el ámbito de las previsiones legales, es decir, diseñar una situación jurídica distinta”.

#### B) Derecho foral

51. Comenzando por el Derecho Foral que más tradición legal tiene reconocida a la autonomía de la voluntad en sede familiar; el Código Civil de Cataluña, en su Libro II, relativo a la Persona y la Familia (Ley 25/2010, de 29 de julio), ya afirma en el artículo 231-10 que el régimen económico matrimonial es el convenido en capítulos matrimoniales, como se denominan. La regulación de los capítulos se contiene en artículos 231-19 y siguientes, incluyéndose ya en este 231-19 *in fine* un reconocimiento legal explícito a los pactos en previsión de ruptura matrimonial, como apuesta clara por la ampliación de la autonomía negocial de los cónyuges o futuros cónyuges en la determinación del contenido de los capítulos matrimoniales<sup>82</sup>. Así, GINÉS CASTELLET afirma que con la entrada en vigor del Libro II del Código Civil Catalán, el legislador foral aprovechó para facilitar, en la medida de lo posible, la efectiva introducción de estos pactos en la praxis del panorama del Derecho de Familia regulando sus requisitos (subjetivos, objetivos, formales), sus efectos y sus límites.

<sup>80</sup> X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, “Comentario del art. 1315...*cit.*”, p. 1411.

<sup>81</sup> RJ 2005/4282.

<sup>82</sup> *Vid.* C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, 2009, pp. 101-118 y, con detalle, en *Pactos prematrimoniales*, Madrid, 2011; y N. GINÉS CASTELLET, “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 727, 2011, pp. 2581.

52. 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 del reconocimiento a la autonomía privada entre los cónyuges, ya se realicen los pactos antes o después de la celebración del matrimonio. Entre ellos, el art. 185 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, 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. En sentido similar al de la ley aragonesa, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia en su art. 172 establece 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; cabría interpretarlo como una sutil admisión de los pactos en previsión de ruptura.

Por su parte, la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, modificado por la Ley 7/2017, de 3 de agosto), regula la aplicación de los capítulos en cada una de las Islas. Igualmente, se regulan las capitulaciones matrimoniales, con más o menos detalle, en la Ley de Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo); y en la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco.

Por último, mencionamos que el Título IV de la declarada inconstitucional Ley 10/2007, de 20 de marzo<sup>83</sup>, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial, regulaba con detalle la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales. El artículo 25 de la citada ley valenciana recogía hasta el posible contenido que las capitulaciones o pactos podrían tener, en este sentido: “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”.

## 1. Regulación Europea: las capitulaciones a la luz del Reglamento UE 1103/2016

### A) Autonomía de la voluntad y Ley aplicable a las capitulaciones

53. Sabemos que la autonomía de la voluntad es esencial en los acuerdos matrimoniales, más si cabe en aquellos con elementos transnacionales, ya que si las partes no pueden elegir la ley aplicable al contrato corren el riesgo de que el acuerdo resulte nulo o sea inaplicable de conformidad con la ley que finalmente resulte aplicable<sup>84</sup>.

Pues bien, en base a dicho principio de autonomía privada de las partes, la gran novedad del RREM es ofrecer al matrimonio la posibilidad de regular sus relaciones patrimoniales aplicando una legislación distinta a la de su nacionalidad, permitiendo a los futuros contrayentes o al matrimonio elegir, siempre que el caso presente elementos extranjeros, la Ley reguladora de su régimen económico. En este sentido, el artículo 22 del RREM permite que el régimen económico matrimonial se rija por la Ley elegida por los cónyuges, pudiendo éstos optar entre la Ley de residencia habitual común o de uno de ellos, en el momento de la elección, o la Ley de la nacionalidad de cualquiera de las partes en el momento de la elección. Así, la voluntad de los cónyuges puede manifestarse en este ámbito tanto para elegir entre los distintos regímenes legales secundarios previstos en un sistema o para diseñar un régimen *ad hoc* en aquello no prohibido por las normas imperativas del régimen legal primario; como para, en el plano internacional, determinar la competencia de autoridades y/o el ordenamiento aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, declarándose inconstitucional por STC, Pleno, de 28 de abril de 2016.

<sup>84</sup> Así, C.I. NAGY, “El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales...*cit.*”, p. 524.

<sup>85</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios...*cit.*”, pp. 27-28.

54. Estas pautas de elección de ley serán igualmente aplicables a las capitulaciones matrimoniales, cuya validez dependerá de que se observen los requisitos formales y materiales exigidos para ello. Así pues, la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en caso de existir capitulaciones se somete a las mismas normas de conflicto que si no existieran tales pactos; esto es, los cónyuges podrán elegir la ley aplicable al régimen matrimonial pactado de acuerdo con lo previsto en el mencionado artículo 22. En caso de no hacerlo, la ley aplicable a dicho régimen pactado vendrá determinada por lo establecido en el artículo 26 del Reglamento<sup>86</sup>.

## B) Ámbito objetivo y subjetivo

55. El RREM define la institución de las capitulaciones matrimoniales en su artículo 3.1.b), como el “acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial”. RODRÍGUEZ BENOT<sup>87</sup> destaca que así se recoge la realidad de la admisión en la mayor parte de los Estados miembro de virtualidad a la voluntad de los interesados en la ordenación de su régimen presente o futuro, aún cuando se produzcan variaciones entre ellos (Considerandos 48 y 47, respectivamente). Lo cual se enmarcaría en un contexto de evolución general hacia el reconocimiento de una mayor autonomía y responsabilidad de decisión a las personas en el Derecho matrimonial.

56. En cuanto a la calificación autónoma de las capitulaciones cubierta por el Reglamento, sería aquellas que se vinculan al régimen económico matrimonial, a través de las cuales los cónyuges o futuros cónyuges pactan las relaciones patrimoniales que afectan a la comunidad de vida de la pareja y que se relacionan con la administración cotidiana de su patrimonio o con la liquidación del régimen económico. Por tanto, todos aquellos pactos cuya función sea organizar el régimen económico matrimonial podrán subsumirse en el ámbito de aplicación del Reglamento. No obstante, autores como AÑOVEROS TERRADAS<sup>88</sup> plantean la necesidad que se dará, en muchas ocasiones, de realizar una previa calificación de la institución de las capitulaciones a nivel interno o nacional, dada la distinta concepción que sobre las mismas existe en los diferentes derechos nacionales, a pesar de que el legislador europeo opta claramente por una noción amplia de capitulaciones. A partir de dicha calificación y teniendo en cuenta la pluralidad normativa existente, será preciso determinar la función que cumple cada pacto a nivel interno para luego subsumirla en la norma de conflicto del Reglamento; teniendo en cuenta que esa calificación interna no siempre será fácil, pues una de las grandes dificultades que presentan las capitulaciones es que, como venimos reiterando, su contenido es heterogéneo, pudiendo contemplar aspectos patrimoniales y personales de los cónyuges o futuros cónyuges.

57. Así pues, el ámbito de aplicación del RREM debe incluir todos los aspectos de Derecho civil relativos al régimen económico matrimonial; entendiéndose por tal, el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución” (artículo 3.1.a). A efectos de esta norma, el régimen económico matrimonial, “debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable”. El RREM incluye, por tanto, “no solo las capitulaciones matrimoniales específicas y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución” (Considerando 18).

<sup>86</sup> *Vid.* B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 833.

<sup>87</sup> “Los efectos patrimoniales de los matrimonios...*cit.*”, p. 27.

<sup>88</sup> “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 829.

58. Si bien es pacífico admitir<sup>89</sup> que el ámbito de aplicación del RREM abarcaría también al “régimen matrimonial primario”, es decir, al conjunto de disposiciones imperativas que regulan en cada legislación determinadas consecuencias y efectos de carácter patrimonial que alcanzan a todo matrimonio, independientemente del régimen económico convenido por los cónyuges. No es cuestión pacífica, por el contrario, si se puede extender dicho ámbito a los pactos en previsión de crisis conyugal, de lo que nos ocuparemos a continuación.

### C) Validez formal y material de las capitulaciones matrimoniales en el Reglamento

59. Acabamos de señalar que el RREM definía las capitulaciones matrimoniales en su Considerando 48, cuando señalaba “Las capitulaciones matrimoniales son un tipo de disposición sobre el patrimonio matrimonial cuya admisibilidad y aceptación varía entre los Estados miembros” para, a continuación, decíamos, hacer referencia a los requisitos de forma que deben cumplir para asegurar su validez.

La validez formal de las capitulaciones matrimoniales se regula en el artículo 25 del RREM. Se trata de los mismos requisitos de forma exigidos al acuerdo de elección de ley, únicamente se añade un uso adicional. Son, por tanto, unos requisitos adicionales añadidos al régimen, más flexible, del acuerdo de elección de ley aplicable<sup>90</sup>. Así, además de la constancia por escrito, con fecha y con firma de ambos cónyuges, y de la observancia a los requisitos formales de validez de la Ley del Estado miembro de residencia habitual común o de residencia habitual de cualquiera de los cónyuges en el momento de la celebración de las capitulaciones, si la Ley aplicable al régimen económico matrimonial impone requisitos formales adicionales, tales requisitos se observarán (art. 25.3)<sup>91</sup>.

60. RIPOLL SOLER<sup>92</sup> enjuicia al legislador europeo por ello, criticando no sólo la opción de política legislativa, basada en la introducción de los requisitos formales adicionales previstos por la ley aplicable al régimen económico matrimonial; sino y, especialmente, la absoluta falta de motivación en los considerandos de tal apuesta legal. A ello añade que “Es también criticable que no compartan régimen el acuerdo de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial y las capitulaciones matrimoniales, pues, en la práctica, se generarán dificultades de interpretación y aplicación. Este disenso acarreará inseguridad en las relaciones entre los cónyuges y mermará uno de los objetivos de los Reglamentos que es el relativo a facilitar la libre circulación de ciudadanos por el territorio de la Unión”. Este autor, notario de profesión, concluye con la siguiente reflexión “los operadores jurídicos, deseosos de una regulación clara y de fácil aplicación en la que prime la certidumbre y seguridad jurídica asistirán perplejos a una normativa que no sólo reproduce viejos problemas, sino que los multiplica exponencialmente”.

61. El RREM también debe determinar qué ley ha de regular la validez material de las capitulaciones matrimoniales; de manera que la ley aplicable al régimen económico matrimonial regirá, también, la validez material de las capitulaciones matrimoniales, tal y como se establece en el artículo

<sup>89</sup> Así, A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, “Notas sobre la aplicación...*cit.*”, p. 111. *Id.* P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 Y 1104/2016”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, No 1, 2017, p. 306.

<sup>90</sup> Al respecto, *vid.* A. RIPOLL SOLER, “Validez formal de las capitulaciones matrimoniales/de la unión registrada”, en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea*, J.L. IGLESIAS BUIGUES y G. PALAO MORENO (Dir.), P. QUINZÁ REDONDO (col.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 240 y ss.

<sup>91</sup> J. RODRÍGUEZ RODRIGO, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir), *Compendio de...cit.*, p. 253 y 256; donde se expone el siguiente Caso respecto a la *Forma de las capitulaciones matrimoniales*: “Un matrimonio de nacionales peruanos residentes en España otorga capitulaciones matrimoniales en documento privado. En ellas acuerdan que su régimen económico matrimonial se rija por el Derecho peruano. Solución: la elección de ley y las capitulaciones matrimoniales acordadas por los cónyuges no son válidas porque, si bien constaban por escrito, con fecha y con firma de ambos, no respetan el requisito de forma previsto en la Ley de residencia habitual común de la pareja. En efecto, según el Derecho español, las capitulaciones matrimoniales deben constar, para su validez, en escritura pública (art. 1327 CC)”.

<sup>92</sup> “Validez formal de ...*cit.*”, pp. 240-242.

27.g). Así las cosas, el art. 27 del RREM señala como norma de conflicto, que la ley aplicable al régimen económico matrimonial regulará, también, “la validez material de las capitulaciones matrimoniales”. Todo ello, como señala el Reglamento, para “(...) facilitar que los derechos económicos matrimoniales adquiridos de resultas de las capitulaciones matrimoniales sean aceptados en los Estados miembros” (Considerando 48)<sup>93</sup>.

62. Llegados a este punto, la cuestión que nos planteamos<sup>94</sup> es si, a efectos del Reglamento, se equiparan las capitulaciones matrimoniales a los acuerdos prematrimoniales en previsión de una futura crisis matrimonial o, al menos, si pueden englobar dichos pactos cuyo objetivo es distinto a la determinación del régimen económico matrimonial; sabiendo que la determinación del régimen económico matrimonial constituye el contenido típico de las capitulaciones, pero no es el único.

### III. Pactos prematrimoniales en previsión de crisis conyugal como contenido de las capitulaciones matrimoniales

#### 1. Breve referencia a los orígenes y la evolución del reconocimiento a la autonomía privada en los pactos prematrimoniales

63. Cuestión tradicionalmente más arraigada en derecho foral, en especial el catalán<sup>95</sup>, la legislación civil común española no contempla esta especialidad de pactos entre cónyuges, que en los últimos años es cada vez más común encontrar en las demandas judiciales por ruptura, consecuencia de la globalización del derecho de familia y de la tendencia a aumentar el margen de autonomía privada en este ámbito<sup>96</sup>.

Desde 1981 hasta la reforma de 2005<sup>97</sup>, el legislador español ha ido ampliando progresivamente el margen de actuación a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en relación a las consecuencias económicas de la crisis matrimonial<sup>98</sup>, siendo la jurisprudencia la que ha sentado las bases de su admisión y los requisitos para su validez en los últimos años, trazando la línea entre la imperatividad y las materias dispositivas en este ámbito del derecho de familia. El principio rector de esta evolución ha sido la igualdad entre cónyuges, cuyo pleno reconocimiento legal conlleva que se otorgue un papel prioritario a los pactos entre ambos, asumiendo el régimen legal un carácter supletorio que regirá en defecto de acuerdo.

64. Así, esta expresión de libertad no sólo se reconoce a través de la determinación del régimen económico matrimonial y permitiendo la contratación entre cónyuges, sino que se extiende a las situaciones de crisis matrimoniales; permitiendo, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad

<sup>93</sup> A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, “Notas sobre la aplicación...*cit.*”, p. 111.

<sup>94</sup> Reflexión compartida con A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, “Notas sobre la aplicación...*cit.*”, p. 108.

<sup>95</sup> Regulación explícita muy detallada en el derecho civil catalán: en los arts. 231-20, 233-5, 232-7, 233-5.3, 233-16 y 233-21.3 del Libro 2<sup>o</sup> del Código Civil de Cataluña relativo a la Persona y la Familia, aprobado por la Ley 25/2010 de 29 de julio; más escueta, en el País Vasco, en el artículo 4 de la Ley 7/2015 de 30 de junio de Relaciones Familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores.

<sup>96</sup> Así lo reconoce la STS de 24 de junio de 2015 (RJ 2015/2657), que admite la posibilidad de que estos pactos se apliquen a los territorios que se rigen por el Código Civil, diciendo: “En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (artículo 1255 del Código Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en art. 25 de la Ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana (declarada inconstitucional por la Sentencia 82/2016, de 28 de abril de 2016).”

<sup>97</sup> Muestra de ello en nuestro Derecho de familia es la motivación expresada por el legislador estatal en la Exposición de motivos de la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en cuyo noveno párrafo se indica que “La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”.

<sup>98</sup> *Vid.* C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 77, 81-84.

y la autonomía privada, la disolución del matrimonio sin justificación de causa alguna y, por ende, la determinación de las consecuencias de la crisis matrimonial, posibilitando la celebración de pactos prematrimoniales cuya validez quedará, en última instancia, supeditada al control judicial.

65. Ya marcaba el camino ROCA TRÍAS<sup>99</sup>, cuando en relación con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los sujetos en el ámbito del Derecho de Familia, exponía: “El ordenamiento jurídico ha vehiculado la expresión de la autonomía de los cónyuges por medio de los capítulos matrimoniales. Cuando de lo que se trata es de organizar la economía de la familia con una perspectiva de futuro, los capítulos han servido para establecer los pactos más convenientes para los matrimonios. Lacruz había ya afirmado que los capítulos estaban íntimamente unidos al matrimonio, pero que éste no era su causa, porque son un contrato accesorio y “aún anulando el matrimonio, los capítulos (si no media causa de invalidez) siguen válidos siquiera ineficaces. Es un valor aceptado entre los civilistas que los capítulos matrimoniales han perdido su tradicional y originaria razón de ser: ya no son tanto capítulos de organización de una economía sino que encontraremos con mucha más frecuencia capítulos que tienen como finalidad establecer las estipulaciones y los pactos lícitos, personales y familiares, que se consideren convenientes en los casos de crisis de la familia y ruptura del matrimonio, de ahí que se piense que en la actualidad, los capítulos puedan contener aquéllas cláusulas que se considere conveniente para afrontar estas crisis”.

66. Por su parte, CERVILLA GARZÓN<sup>100</sup> señala que, aunque las capitulaciones han sido unos contratos rígidos, solemnes, con un régimen jurídico muy detallado y que admiten pocas alteraciones, se observaba un fenómeno en Europa, quizás influido por la jurisprudencia norteamericana, tendente a flexibilizar el pacto capitular para, dentro de sus mimbres, incluir otros acuerdos. Y esta expansión de la autonomía de la voluntad de los futuros esposos a otras materias fuera de las que tradicionalmente han formado parte de este tipo de acuerdos, sólo podía venir por medio de una interpretación amplia del contenido del pacto capitular, admitiendo, como parte del mismo, otros posibles acuerdos, siempre que no vulneren los límites generales a la libertad de contratación.

67. Por tanto, dado que el régimen general civil de España no contiene normativa específica sobre los acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura, ha existido tradicionalmente un debate doctrinal entorno a ellos. Parte del debate se ha centrado en si ciertas disposiciones del Código civil español, como el art. 1325, que permite a los cónyuges establecer “cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio” o el art. 1255, referente a la libertad contractual, permitían pactar sobre otras consecuencias económicas del divorcio o no<sup>101</sup>.

La polémica, empero, quedó zanjada en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011, que determinó expresamente la validez y ejecución de este tipo de acuerdos, y que nos sirve como muestra de la evolución jurisprudencial de la admisión de estos pactos, pues se pronuncia en los siguientes términos en su Fundamento de Derecho tercero: “la autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: “en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio

<sup>99</sup> En *Libertad y Familia...cit.*, p. 69.

<sup>100</sup> Esta autora hace un profundo estudio de derecho comparado, a nivel global, imprescindible para ahondar en la materia; en *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 19-27.

<sup>101</sup> Sobre este particular, *vid.*, la doctrina propuesta, entre otros por A. M<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía de...cit.*; B. AÑOVEROS TERRADAS, “Los pactos prematrimoniales...”, *cit.*, p. 445; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, “Consecuencias de la crisis...”, pp. 102-118; A.L. REBOLLEDO VARELA, “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)”, en F.J. GÓMEZ GALLIGO (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 735-755; C. PINTO ANDRADE, *Pactos matrimoniales...cit.*; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos...cit.*; E. HIJAS CID, “Pactos prematrimoniales”, en *La Ley* 1509/2019; A.J. MUÑOZ NAVARRO, “Los pactos prematrimoniales o en previsión de ruptura matrimonial”, en *La Ley Derecho de Familia*, *La Ley* 3644/2020, N<sup>o</sup> 25, 2020.

regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 CC”. Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 de octubre de 2007<sup>102</sup>). Admitida su validez, el Fundamento Cuarto de la misma señala “esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato. En este caso hay que concluir que concurre: a) el consentimiento de ambos cónyuges contratantes porque, aunque el recurrido alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) objeto del contrato, y c) causa de la obligación establecida”.

## 2. Límites a la validez de los pactos como contenido de las capitulaciones y su admisión por la Jurisprudencia

68. Concibiendo las capitulaciones matrimoniales, no como instrumento de gestión, administración e incluso creación del régimen económico matrimonial exclusivamente, sino como mecanismo para cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio; parece claro que las capitulaciones pueden utilizarse para otros fines más allá de la mera regulación del régimen económico que van a tener los cónyuges. La realidad constata que dicho instrumento jurídico y la interpretación que se está haciendo de las mismas, permite incluir en ellas cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio y más allá del mismo<sup>103</sup>.

69. Compartimos pues la conclusión de quienes consideran que el debate doctrinal surgido en orden a la naturaleza jurídica de los pactos en previsión de crisis o ruptura matrimonial está dotado de argumentos suficientemente sólidos como para admitir su inserción como contenido posible de las capitulaciones matrimoniales<sup>104</sup>. No obstante, y a pesar de que como ya adelantamos, tendremos que considerar que, a pesar de admitirse igualmente que se suscriban antes o después de contraer matrimonio, el pacto en previsión de ruptura posterior al matrimonio, pero previo a la crisis conyugal, puede conllevar problemas de validez por posible vicio del consentimiento por parte de uno de los cónyuges, por lo que habrá que atender en ese caso a los límites generales de la autonomía de la voluntad y a los presupuestos de validez del consentimiento prestado por los cónyuges.

70. Por tanto, a pesar de carecer de regulación expresa en el Derecho civil común (a diferencia de derechos forales como el catatán, donde en el art. 231.20 de la Ley 25/2010 recoge expresamente los requisitos que debe tener un acuerdo en previsión de ruptura para ser considerado válido), los acuerdos celebrados antes del matrimonio en previsión de un posible divorcio o separación son acuerdos ampliamente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia debido a que es un reflejo del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad por los cónyuges. En consecuencia, respecto a la validez material de los pactos en previsión de ruptura, deberá atenderse a la concurrencia de los elementos constitutivos de todo contrato (consentimiento, objeto y causa, art. 1261 CC), no podrán traspasar los límites que el art. 1255

<sup>102</sup> RJ 2007/7307.

<sup>103</sup> Como señalaba LACRUZ “En el *instrumentum* nupcial caben pactos de muy diversa índole; por de pronto, y aun sin relación con el matrimonio, cualesquiera negocios de los que pueden constar en escritura pública; además, negocios familiares y sucesorios cuyo contenido tampoco es «matrimonial». Así en *Elementos de ...cit.*, p. 137.

<sup>104</sup> En este sentido, M. FIGUEROA TORRES, *Autonomía de la voluntad...cit.*, p. 189; en sentido similar, entre otros muchos, *vid.* L.A. ANGUITA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de Estados Unidos de América a la realidad española” en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, J. RAMS ALBESA, Dykinson, 2010, p. 309; L. AGUILAR RUIZ, “Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja”, en *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, España, 2014, p. 21.



CC impone a la autonomía de la voluntad, en general (no podrán ser contrarios a la ley, la moral ni el orden público) y, en especial, los que impone el art. 1328 CC respecto a las capitulaciones (atendiendo a la igualdad de derechos entre ambos cónyuges) y el artículo 90 CC en relación al convenio regulador (que no cause daño para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges).

**71.** Un análisis detallado de las materias susceptibles de inclusión en un acuerdo prematrimonial<sup>105</sup>, insertado en las capitulaciones matrimoniales, sobrepasaría con creces las pretensiones de este trabajo, por lo que las delimitaremos someramente. Así, los más discutidos respecto a su disponibilidad serían los pactos de naturaleza personal relacionados con la ruptura matrimonial; pero podrían valorarse como objeto del pacto prematrimonial, entre cualesquiera otras que las partes convengan dentro de los límites a la autonomía de la voluntad y atendiendo a la igualdad entre los cónyuges, las siguientes materias: pacto de indemnización en caso de ruptura por parte del cónyuge que solicite la separación o el divorcio (como signo de refuerzo del vínculo matrimonial); pactos relativos a medidas sobre hijos comunes<sup>106</sup>; o el pacto de indemnización por incumplimiento de los deberes personales inherentes al matrimonio por parte de alguno de los cónyuges (cuestión polémica por el carácter indisponible de los artículos 66, 68 y 68 del CC, pero muy recurrente después de que estos deberes perdiesen su naturaleza causal tras la reforma de 2005)<sup>107</sup>. Más aceptación tienen los pactos prematrimoniales que fijen las consecuencias económicas de la crisis matrimonial, atendiendo a la liquidación del régimen económico, los alimentos, uso de la vivienda familiar, por ejemplo, y, los más comunes: los pactos relativos a la pensión por trabajo doméstico y la pensión compensatoria<sup>108</sup>.

**72.** La admisión de la validez de los pactos de pre-ruptura por la jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy relevante en la medida, como decíamos, en que no hay un reconocimiento normativo explícito de los mismos a nivel estatal. Particularmente relevante resulta la STS de 24 de junio de 2015<sup>109</sup>, que vino a reforzar la validez y licitud de los pactos prematrimoniales tras la STS de 31 de marzo de 2011<sup>110</sup>, al determinar que: “De lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el artículo 90.2 del Código Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido el art. 39 de la Constitución Española (CE) cuando establece la protección de la familia y de la infancia”.

A mayor abundamiento, esta resolución aborda la validez del acuerdo suscrito atendiendo a los siguientes criterios: “1º. no estamos ante un supuesto de renuncia de derechos o de renuncia a la ley aplicable; 2º. los pactos no son contrarios a la ley, moral u orden público; 3º. no queda el cumplimiento del pacto al arbitrio de uno de los cónyuges; 4º. no queda cuestionada la igualdad de los cónyuges”; y analiza si, en aplicación de la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, cabe una moderación o anulació de lo pactado, concluyendo en los siguientes términos: “exige para la aplicación de la cláusula “rebus”, con mayor flexibilidad que en otras épocas, que la alteración sea sobrevenida y que concurra

<sup>105</sup> Para detenerse en un estudio en profundidad, *vid.* M<sup>a</sup> D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales...cit.*; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos...cit.*, pp. 88-115; A.J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales...cit.*, pp. 45-100; L.A. ANGUITA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales...cit.”, pp. 315 y ss. *Cft.* S. TAMAYO HAYA, “Los pactos sobre cuestiones matrimoniales en las crisis conyugales”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, N<sup>o</sup> 10, 2003.

<sup>106</sup> *Vid.* la STS de 15 de octubre de 2018 (RJ 2018/4295), que trata acerca de los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, los cuales serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el artículo 1.814 CC. E. HIJAS CID, “Pactos...cit.”, señala que lo más significativo es que este acuerdo, sin haber sido homologado judicialmente, tiene eficacia *inter partes*, incluso para la reclamación judicial de su cumplimiento.

<sup>107</sup> No exento de polémica, mucha de la doctrina se posiciona en contra de la validez de este pacto. Entre ellos y, por todos, *vid.* C. PINTO ANDRADE, *Pactos matrimoniales...cit.*, p. 65.

<sup>108</sup> Ya se pronunció a favor de la posibilidad de renunciar a la pensión compensatoria la STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174), que señaló el carácter dispositivo de la misma.

<sup>109</sup> RJ 2015/2657.

<sup>110</sup> RJ 2011/3137.

aumento extraordinario de la onerosidad o que no concurra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación desencadenada (art. 9:503 de los Principios Europeos de la Contratación)”. Por tanto, planteó la cuestión de la posibilidad de dejar sin efecto los acuerdos por circunstancias extraordinarias sobrevenidas, que deberán acreditarse como graves, imprevistas y perjudiciales para alguno de los cónyuges, a decisión del juez<sup>111</sup>. Estos criterios configuran, en última instancia, los límites a la facultad de autorregulación de los cónyuges.

**73.** Por su parte, la citada STS de 30 de mayo de 2018<sup>112</sup>, que analiza la eventual contradicción de los acuerdos adoptados con el orden público y con la libertad y la dignidad de la persona, se pronuncia a propósito de una renuncia a la pensión compensatoria convenida en un pacto prematrimonial, señalando que el pacto no atenta a la ley, la moral o al orden público ni causa perjuicio a terceros, si se firmó con pleno conocimiento del mismo, y no se consideran sorpresivos si se firman con suficiente antelación a la celebración del matrimonio. Así, delimita la igualdad conyugal en el ámbito de este tipo de pactos, concibiéndola como la ausencia de sumisión o de posición de superioridad de un cónyuge respecto al otro.

Así, la jurisprudencia viene recogiendo en los últimos años que “la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 CC, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 CC) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán”<sup>113</sup>. Y, en suma, de esta última jurisprudencia se desprende que los principales límites para considerar la validez de estos pactos es que sus estipulaciones respeten la igualdad entre los cónyuges (consagrada en el artículo 32 de la CE y en el artículo 66 del CC) y el superior interés de los hijos menores (protegido por el artículo 39 de la CE y actualmente consagrado en el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor).

**74.** De estas últimas consideraciones extraemos que, a pesar de que tanto nuestro ordenamiento jurídico como la mayoría de los europeos admiten una amplia libertad de pacto entre cónyuges, la validez de estos acuerdos se pone a prueba cuando llegan a manos de un juez a causa del rechazo a lo pactado por alguna de las partes tras la ruptura. De manera que la efectividad del pacto dependerá, en última instancia, del control judicial que los tribunales españoles realicen sobre el mismo, atendiendo a los límites que impone nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, los pactos prematrimoniales serán válidos y plenamente vinculantes si el consentimiento de las partes resulta válido e informado y el acuerdo no contraría la igualdad y reciprocidad entre cónyuges (art. 14 CE) ni el compromiso al respeto de los deberes conyugales (arts. 66-68 CC), la protección a la familia y, en concreto, a los hijos y el superior interés de los mismos (art. 39 CE y art. 2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor); y siempre que en el momento en que se deba hacer efectivo no perjudique gravemente a ninguno de los cónyuges. Entrarían en juego en este ámbito limitaciones como las establecidas en el art. 1328 CC, en relación con la nulidad de cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a

<sup>111</sup> Posibilidad prevista expresamente por la normativa catalana, en el art. 231.20.5: “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”. *Vid.* M<sup>a</sup> D. CERVILLA GARZÓN, “Acuerdos prematrimoniales y ruptura...*cit.*”.

<sup>112</sup> *Vid.* A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Los pactos en previsión...*cit.*”, pp. 261-267. *Cft.* con la siguiente jurisprudencia, en el mismo sentido respecto a pactos sobre pensiones por desequilibrio: SSTS de 6 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4707), 24 de febrero de 2017 (RJ 2017/669), 11 de mayo de 2016 (RJ 2016/2112), 19 de febrero de 2014 (RJ 2014/1131).

<sup>113</sup> Así, la citada STS de 24 de junio de 2015 (RJ 2015/2657) y la STS de 19 de octubre de 2015 (RJ 2015/4869), la cual señala que “la autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal”, decidiendo en un caso en que se otorga escritura de capitulaciones matrimoniales pactando como régimen económico del matrimonio el de separación de bienes, acordándose posteriormente en documento privado la separación de hecho y el reparto de los bienes, que “en la discusión sobre la titularidad de los bienes prima el acuerdo privado suscrito entre ellos”.

cada cónyuge; así como la atención al orden público, que debería reservarse para los acuerdos que limiten o vulneren el derecho de igualdad o la dignidad de cualquiera de los cónyuges (no con la finalidad de garantizar la distribución equitativa de patrimonios, sino de evitar el sometimiento de la voluntad de un cónyuge frente a otro o colocarse en una situación de vulnerabilidad<sup>114</sup>). En última instancia, el control judicial deberá valorar que exista un balance entre la protección de la igualdad de los cónyuges y de la autonomía de la voluntad de los mismos.

**75.** Respecto a la validez formal, pese al principio genérico de libertad de forma (consagrado en el artículo 1278 CC) persiste el debate doctrinal sobre si debe aceptarse igualmente la validez de estos pactos cuando no formen parte del contenido de las capitulaciones, suscribiéndose en documento privado en vez de en escritura pública. No obstante, así lo viene confirmando desde hace décadas el Tribunal Supremo, que tiene constatada una clara doctrina jurisprudencial referente a los contratos celebrados entre cónyuges recogidos en documentos privados, principalmente surgidos en torno a un convenio regulador o/y a una escritura de capitulaciones<sup>115</sup>.

La libertad de forma aplicable a estos pactos, no obsta para que se defienda el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales como el instrumento idóneo para recoger estos acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura (en cuyo caso deberán constar necesariamente en escritura pública); no sólo porque es el más frecuente en la práctica, sino porque garantiza la seguridad jurídica que atesora el asesoramiento imparcial de las partes por parte del notario<sup>116</sup>. Así, la figura en nuestro ordenamiento del Notario nos parece esencial, pues la inexistencia de asesoramiento legal previo e independiente será uno de los indicios probatorios que tendrá a su disposición el juez para apreciar la existencia o no de un vicio del consentimiento. Y es que, en palabras de ANGUITA VILLANUEVA<sup>117</sup>, el análisis de los vicios del consentimiento en estas nuevas figuras contractuales dentro del ámbito de familia, entra en una nueva dimensión.

### 3. Aplicación del Reglamento 2016/1103 a los pactos prematrimoniales

**76.** Llegados a este punto final, reiteramos la lógica de que los pactos en previsión de crisis puedan formar parte de las capitulaciones matrimoniales también en el ámbito transnacional pues, tal y como señalamos anteriormente, el nexo de unión y justificación de los distintos acuerdos van a ser siempre los aspectos patrimoniales de la relación matrimonial.

Actualmente se admiten, legal o jurisprudencialmente, en la práctica totalidad de los ordenamientos de la UE, la celebración de pactos prenupciales, cuyo contenido puede ser diverso y abarcar materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento. Especialmente aquellos que establecen la fijación o renuncia de prestaciones patrimoniales o compensaciones económicas en caso de separación judicial o divorcio, admitiéndose los pactos sobre efectos personales, además de los patrimoniales. Por tanto, la gran cuestión que surge hoy en día en todos los ordenamientos jurídicos europeos no es ya, por tanto, la de la validez de estos pactos, sino el debate acerca de los límites que han de imponerse a dichos pactos en cada sistema jurídico<sup>118</sup>. Y es que, admitida la amplitud de la libertad de pactos entre cónyuges,

<sup>114</sup> Así concluye P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acuerdos en previsión de ruptura en el Reglamento (UE) 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales”, en *@Laleydigital*, La Ley 8438/2020.

<sup>115</sup> Imprescindible citar aquí la relevante STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251), con O’CALLAGHAN como ponente; desde la misma, la Sala primera del Tribunal Supremo no se ha cansado de admitir que los acuerdos de los cónyuges: primero, son válidos en documento privado (con la salvedad de que los acuerdos prematrimoniales relativos al régimen económico familiar sí han de recogerse en escritura pública); segundo, requieren para su validez los requisitos esenciales recogidos en el 1261 CC y, tercero, su único límite es no ir en contra de las normas imperativas (STS 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9649), 15 de febrero de 2002 (RJ 2002/1619) y 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/7307); *Vid.* L.A. ANGUITA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales...*cit.*”, pp. 310-314.

<sup>116</sup> En este sentido, entre otros, C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos...cit.*, p. 208 y M. FIGUEROA TORRES, *Autonomía de la voluntad...cit.*, p. 190. *Vid.* M<sup>a</sup>.A. PARRA LUCÁN, “Autonomía de la voluntad...*cit.*”, p. 103.

<sup>117</sup> “Acuerdos prematrimoniales...*cit.*”, p. 319.

<sup>118</sup> A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Los pactos en previsión...*cit.*”, señala aquí que, con independencia de ciertos casos extremos en los que las normas sobre los efectos patrimoniales del matrimonio son de carácter obligatorio (así Eslovenia) o de carácter

ésta se tornará incierta cuando se acuda a un tribunal español para que lleve a cabo un control judicial del pacto en cuestión y decida sobre su ejecución en base al respeto de los límites impuestos. Incertidumbre que se incrementa cuando entra en juego el elemento extranjero.

77. Lo que parece indudable, con independencia de su admisión y de la polémica sobre sus límites, es que la función general de estos pactos en cada sistema jurídico es diferente. En los sistemas de *Common Law*, que carecen de un régimen legal económico-matrimonial, los tribunales poseen un amplio margen de discrecionalidad para determinar las consecuencias patrimoniales de la ruptura. Pero, por el contrario, en los sistemas de *Civil Law*, como el español, que cuentan con una normativa reguladora del régimen económico-matrimonial que, en principio, garantizaría la certidumbre de las relaciones jurídicas entre los cónyuges, la función que cumplen los pactos en previsión de crisis es posibilitar que aquellos puedan elegir otras consecuencias económicas diferentes a las que el legislador ha previsto para los supuestos de separación y divorcio. El caso de la comentada STS de 30 de mayo de 2018<sup>119</sup> constituye buena muestra de ello, ya que, de no ser por el acuerdo llevado a cabo por las partes de renuncia preventiva a los derechos que les corresponderían por ley, es muy probable que a la esposa, en peor situación económica que el marido, se le hubiera concedido una prestación compensatoria temporal, y la atribución del uso de la vivienda, por ser el interés más necesitado de protección conforme al artículo 96.3 del CC<sup>120</sup>.

78. Por tanto, siendo ésta una materia susceptible de tener que someterse a resolución judicial, debido a que, una vez sobrevenida la crisis conyugal, en el momento de la ejecución del pacto prematrimonial, es frecuente que una de las partes ya no quiera que lo acordado despliegue efectos (por, por ejemplo, considerar que su consentimiento no fue válidamente prestado o por haberse producido un cambio de circunstancias imprevisible en aquel momento); cuando el acuerdo tiene un elemento extranjero, la cuestión se complica sobremanera y la intervención de los tribunales está prácticamente asegurada<sup>121</sup>.

En estas circunstancias, determinar cuál sería la ley aplicable al pacto prematrimonial con repercusión transfronteriza, así como los requisitos de fondo y forma exigidos para su validez, se presenta como una tarea compleja y conlleva la necesaria coordinación del RREM con otros Reglamentos europeos vigentes relativos del Derecho internacional privado de familia<sup>122</sup>, atendiendo al principio de coherencia entre Reglamentos Europeos que consagra el RREM (inspirado en otros Reglamentos europeos en materia de familia). Compartimos con ANTÓN JUÁREZ<sup>123</sup> el deseo, en aras de facilitar el posterior

---

dispositivo (como Escocia), parece haber un cierto consenso generalizado en los ordenamientos europeos en que, mientras que cabe acuerdo sobre el reparto de los bienes matrimoniales, los instrumentos que aseguran, respectivamente, la cobertura de las necesidades y la compensación económica por el desequilibrio patrimonial de uno de los esposos tras la ruptura son menos susceptibles de autorregulación (en este sentido consúltese J.M. SCHERPE, *The Present and Future of European Family Law*, Vol. IV, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2016, pp. 61-62).

<sup>119</sup> RJ 2018/2358.

<sup>120</sup> A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Los pactos en previsión...*cit.*”

<sup>121</sup> ANTÓN JUÁREZ explica que esto es así “porque ya no sólo se debe tener en cuenta el ordenamiento por el que se rige el pacto sino también los posibles tribunales que podrían acabar revisando el acuerdo. Y éstos no tendrían por qué ser los del ordenamiento que rige el pacto. De este modo, las consideraciones de Derecho internacional privado, de Derecho material comparado y las del propio ordenamiento pueden llegar a ser igual de importantes a tener en cuenta a la hora de prestar asesoramiento sobre un pacto prematrimonial internacional”; en “Acuerdos prematrimoniales en...*cit.*”, pp. 82-111.

<sup>122</sup> En materia de crisis matrimonial, habrá que atender al Reglamento (CE) n1 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; respecto al derecho aplicable a un divorcio o separación judicial, el Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; en materia de reclamaciones de alimentos, el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligación de alimentos.

<sup>123</sup> La autora es consciente de que, “en la actualidad, donde el Derecho internacional privado es cada vez más europeo y, por tanto, menos nacional, esta postura de aplicar la misma ley a todo el acuerdo prematrimonial puede tener un difícil encaje cuando se trata de acuerdos que contienen cláusulas muy distintas entre sí. Cláusulas de diversa naturaleza jurídica (*ad ex.* se renuncia a la pensión compensatoria y al mismo tiempo se fijan medidas relativas al cuidado de los hijos), escapándose alguna de ellas del ámbito de aplicación del RREM. En ese caso, tendremos que ver de que cláusula concreta se trata y analizarla desde un punto de vista conflictual y también material. Esto podría dar lugar a que en el acuerdo se aplicaran leyes de dos ordenamientos diferentes”; en “Acuerdos prematrimoniales en...*cit.*”, p. 84.

reconocimiento judicial de un acuerdo prematrimonial internacional pactado en expresión de la autonomía privada de las partes, que la Ley aplicable para determinar la validez de dicho acuerdo sea una única ley, tal y como persigue el art. 21 del RREM. En nuestro caso, esta teoría de la unidad de ley conllevaría que la norma de conflicto principal que se va a utilizar para determinar si un acuerdo es válido cuando se tenga que analizar la validez material va a ser el art. 9.3 CC o el RREM.

**79.** Somos conscientes, asimismo, de que el RREM no precisa expresamente su aplicación a los acuerdos prematrimoniales. Un análisis de esta figura a la luz de dicho Reglamento nos conduciría, siguiendo a RODRÍGUEZ BENOT<sup>124</sup>, a las siguientes consideraciones: 1ª. No todos los aspectos cubiertos por un acuerdo de este tipo tendrían cabida en los conceptos de régimen económico del matrimonio, sino únicamente aquellos que coincidieran con las definiciones previstas en el mismo; 2ª. La clara delimitación temporal del *dies a quo* y del *dies ad quem* en el RREM suscita dudas sobre el encaje de estos peculiares acuerdos en su ámbito de aplicación; 3ª. No obstante, la referencia a los “futuros” cónyuges contenida en el RREM (artículos 3.1.b y 22.1) ha sido entendida por algunos autores como inclusiva de estos contratos en su ámbito material; 4ª. Siendo una cuestión que en algún momento habrá de resolver el Tribunal de Luxemburgo, apunta el mencionado autor, siempre queda a la decisión de cada Estado aplicar a esta figura normas similares a las de los Reglamentos.

**80.** En este sentido, JIMÉNEZ BLANCO<sup>125</sup> aclara que son precisamente estos acuerdos los que pueden quedar regulados por el RREM, pues parece clara su inclusión dentro del concepto autónomo de “capitulaciones matrimoniales” definido en art. 3.1 del Reglamento. Aunque formalmente, conforme a los Derechos nacionales, los acuerdos en previsión de ruptura no se identifiquen con las capitulaciones, lo serán a efectos de este Reglamento, sin que tenga cabida en el RREM una distinción entre “capitulaciones matrimoniales”, “acuerdos en previsión de ruptura” y “acuerdos de separación”, que los cónyuges otorgan cuando la crisis matrimonial es ya existente o inminente. Lo que determina, en última instancia, su inclusión en el Reglamento es que los pactos tengan por objeto organizar su régimen matrimonial económico matrimonial, entendiendo por tal las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución.

**81.** En consecuencia, sí que podrían quedar incluidos en el RREM, compartiendo la interpretación amplia de aquellos que abogan porque la alusión a los “futuros esposos” en su artículo 3.1.b y 22.1 se entienda como favorable a la inclusión de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, no sólo los acuerdos prenupciales sino también los celebrados después del matrimonio<sup>126</sup>. Y, en ese caso, la aplicación del RREM dependerá del contenido de las cláusulas que se incluyan en el marco de las capitulaciones. Así, quedarán incluidos en el RREM los acuerdos entre cónyuges dirigidos a organizar la esfera patrimonial de los cónyuges relativa a las cuestiones que afectan al régimen económico matrimonial o que tengan estrecha relación con él. El resto de cláusulas, destinadas a regular otros aspectos de los efectos patrimoniales e incluso personales que se deriven del vínculo matrimonial y que muchas veces se incluyen en la propia escritura capitular, deberán atender a los correspondientes Reglamentos en la materia de que se trate (medidas relativas a los hijos, al divorcio o separación judicial, a los alimentos, pactos relativos a los deberes personales de los cónyuges, etc)<sup>127</sup>.

**82.** Dado que los acuerdos en previsión de ruptura suponen, en la práctica, una alteración del régimen matrimonial en cuanto a la liquidación; el problema se presenta, tal y como identifica AÑOVEROS

<sup>124</sup> “Los efectos patrimoniales de los matrimonios...*cit.*”, p. 28.

<sup>125</sup> “Acuerdos en previsión...*cit.*”.

<sup>126</sup> Por todos, *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *Acuerdos prematrimoniales...cit.*, pp. 166-167.

<sup>127</sup> *Vid.* C. GRIECO, “The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European Private International Law”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, V. 10, Nº 2, 2018, pp. 457-476.

TERRADAS<sup>128</sup>, en muchas ocasiones en las que será muy difícil determinar lo que es una liquidación de bienes o incluso, una pensión de alimentos. Así, esta autora se pronuncia sobre la problemática calificación de dos instituciones híbridas cuya discutida naturaleza jurídica ha sido protagonista de diversos pronunciamientos judiciales: la pensión por trabajo doméstico y la pensión compensatoria. La primera de ellas es una figura que tiende a corregir los perversos resultados que el régimen económico matrimonial de separación de bienes conlleva para uno de los cónyuges, normalmente la mujer, y constituye una regla especial de liquidación. AÑOVEROS TERRADAS se decanta por calificar dicha institución como perteneciente al régimen económico matrimonial, extendiendo esa naturaleza al pacto que limite, module o incluso excluya esa compensación. Por tanto, la norma de conflicto aplicable debería ser la prevista en el RREM.

En este sentido, la STS de 13 de marzo de 2019<sup>129</sup>, que resuelve un recurso por infracción del art. 1438 CC sobre la compensación por trabajo doméstico a la extinción del régimen de separación, apoya su fundamentación en el art. 38 del RREM, junto con el art. 14 CE, los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>130</sup> y el art. 2 del Tratado de la UE<sup>131</sup>, “que prohíben toda discriminación y consagran el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los ámbitos y el derecho a obtener una compensación por el trabajo para la casa a la extinción del régimen de separación, si la esposa ha sido la única que se ha dedicado a ello, aún compaginando dicho trabajo con el realizado fuera del hogar”.

**83.** Respecto a la pensión compensatoria, se trataría de una institución, siguiendo a GONZÁLEZ BEILFUSS<sup>132</sup>, a caballo entre el régimen de bienes y los alimentos; naturaleza mixta que dificultaría enormemente su calificación. En este sentido, el TJCE en su jurisprudencia en el asunto *De Cavel II*<sup>133</sup> entendió que las “prestaciones compensatorias” previstas en los artículos 270 y ss. del *Code Civile* (bastante parecidas a nuestra pensión compensatoria del CC, aunque no idéntica) atañen a las posibles obligaciones económicas entre los antiguos esposos después del divorcio, determinada en función de los recursos y necesidades recíprocas, y tienen igualmente carácter alimenticio. Decantándonos por el carácter alimenticio del pacto sobre la pensión compensatoria, deberíamos atender, en ese caso, a lo previsto por el Reglamento (CE) N° 4/2009 que en material de ley aplicable remite al Protocolo de la Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (artículo 15).

**84.** Igualmente, presentarían dificultades de calificación potenciales pactos atípicos como, por ejemplo, el pacto por el que se establece una renta vitalicia mensual a favor de uno de los cónyuges en caso de separación o divorcio, pacto celebrado por los cónyuges en previsión de ruptura y que ya ha sido admitido por el Tribunal Supremo español en la reiteradamente citada STS de 24 de junio de 2015<sup>134</sup>. Precisamente por las dificultades mencionadas, si nos sumamos a AÑOVEROS TERRADAS<sup>135</sup> para defender una calificación funcional conforme al derecho interno de cada pacto que permita subsumirlo en una de las calificaciones autónomas previstas a nivel europeo.

**85.** Por tanto, no plantearía problemas la inclusión en el RREM de los pactos que establecen reglas especiales de liquidación del régimen matrimonial, modulando las reglas legales supletoriamente aplicables. Entre ellos, JIMÉNEZ BLANCO<sup>136</sup> cita, además de renunciadas anticipadas sobre la indemnización por trabajo del hogar, la renuncia a la compensación legal que correspondería por liquidación del régi-

<sup>128</sup> “Los pactos prematrimoniales...*cit.*”, pp. 829-830 y en 441-469.

<sup>129</sup> RJ 2019/925. *Id.* la STS de 20 de febrero de 2018 (RJ 2018/568); y las SSTs de 8 de noviembre (RJ 2017/47/37), de 26 de abril (RJ 2017/1720) y de 27 de enero de 2017 (RJ 2017/367).

<sup>130</sup> DOC 18 diciembre 2000, núm. 364.

<sup>131</sup> BOE 27 noviembre 2009, núm. 286; rect. BOE 16 febrero 2010, núm. 41.

<sup>132</sup> “Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en *Anuario de Derecho civil*, T. LXIV, Fasc. III, 2011, pp. 1149-1154.

<sup>133</sup> As. 120/79, de 6 de marzo de 1980.

<sup>134</sup> RJ 2015/2657.

<sup>135</sup> “El régimen conflictual...*cit.*”, p. 830.

<sup>136</sup> “Acuerdos en previsión...*cit.*”.

men; la asignación y posesión o disfrute de los bienes que formaban parte de la sociedad conyugal a uno u otro cónyuge; o la atribución de la titularidad de la propiedad, en favor de uno u otro cónyuge o de ambos, sobre bienes que hayan pertenecido a la sociedad conyugal o que los cónyuges aportaron al matrimonio; pactos destinados a establecer derechos económicos para uno de los divorciados o separados, aún en el caso de que no concurren los requisitos legales exigidos para alimentos legales; o el compromiso de mantener la empresa familiar surgida en régimen de gananciales, a pesar de que se produzca el divorcio de los cónyuges.

**86.** Para finalizar, nos hacemos eco de la propuesta de ANTÓN JUÁREZ<sup>137</sup>, quien, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes que pudieran estar interesadas en este tipo de pactos y contando con la necesidad de un asesoramiento preciso, configura un posible test que permitiría analizar *ex post* si un acuerdo prematrimonial puede desplegar efectos en el ordenamiento jurídico español en atención a las normas de Derecho internacional privado españolas y Derecho civil común español. Este test básicamente consistiría en analizar determinados criterios en dos momentos diferentes: el momento de la celebración del acuerdo y el de la ejecución. En el momento de la celebración, sería necesario atender a la concurrencia de los presupuestos necesarios para la validez del consentimiento prestado por las partes, es decir, debe tratarse de un consentimiento consciente e informado, atendiendo igualmente a la capacidad de las partes en el momento de la emisión. Mientras que, respecto al momento de la ejecución del acuerdo, sería necesario verificar, atendiendo al contenido del acuerdo, cuáles son las circunstancias de los cónyuges en ese momento y si difieren o no de las que existían al momento de celebrar el acuerdo. En última instancia, el control judicial habrá que ponderar dos reglas para determinar la validez y exigibilidad de estos acuerdos: el principio *pacta sunt servanda* y su contrapeso, la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>138</sup>. En este contexto, las previsiones sobre consentimiento y validez material del art. 24.2 del RREM<sup>139</sup>, permitirían valorar nuevamente la validez del acuerdo en el momento de la presentación de la demanda.

**87.** Respecto a la forma, la consideración de los acuerdos en previsión de ruptura como capitulaciones matrimoniales conlleva que éstos deberán cumplir los requisitos de forma establecidos en el art. 25 del RREM. Y ello con independencia de que los Derechos nacionales prevean unas reglas diferentes para las “capitulaciones”, entendidas en sentido estricto, y para los “acuerdos en previsión de ruptura”, que podrían incorporarse, en su caso, en una escritura aparte<sup>140</sup>. Aquí, la exigencia de un determinado requisito de forma suele ir aparejado a la obligación de cumplir con un control de legalidad y de información a las partes como garantía de un verdadero consentimiento informado, por lo que el previo asesoramiento legal a los cónyuges por parte del notario se torna fundamental.

#### IV. Consideraciones Finales

**88.** Las relaciones entre cónyuges se debaten entre el tradicional paternalismo que ha inspirado a nuestro legislador en materia de derecho de familia, caracterizado por una mayor limitación de la autonomía de la voluntad mediante un elenco de normas imperativas amparadas en la protección del orden público familiar, y una evolución de la noción de familia que clama flexibilizar la rigidez normativa en

<sup>137</sup> I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales en...*cit.*”, pp. 87 y ss. Y, en mayor profundidad y extensión, en *Acuerdos prematrimoniales...cit.*, pp. 239-275. *Cft.* P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acuerdos en previsión...*cit.*”.

<sup>138</sup> Precisamente, se consideró esta cláusula en la citada STS de 24 de junio de 2015 (RJ 2015/2657), en relación con un pacto de una renta vitalicia, aunque se descartó su aplicación en el caso concreto al entender que no se había producido una variación en la situación financiera respecto al momento del acuerdo.

<sup>139</sup> “No obstante, un cónyuge, para establecer que no ha dado su consentimiento, podrá invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1”.

<sup>140</sup> *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acuerdos en previsión...*cit.*”, quien señala que “incluso resulta posible entender que, tras la ruptura de la convivencia matrimonial, se den acuerdos de separación, fuera del convenio regulador, que podrían tener unos requisitos de forma más flexibles, manteniendo un carácter vinculante”.

aras de la libertad privada. Estos nuevos modelos de familia, con una concepción más efímera del matrimonio, se asientan en una realidad social global que requiere un ordenamiento jurídico adaptado a los cambios sobrevenidos de circunstancias que puedan afectar, sobre todo, a sus relaciones patrimoniales.

**89.** Desde esta perspectiva, los pactos prematrimoniales en previsión de crisis conyugal son expresión de esta progresiva ampliación del margen de autonomía privada en la regulación de las relaciones entre cónyuges, sobretodo en lo que respecta a los efectos patrimoniales que se deriven de la ruptura del vínculo. No nos cabe duda de que su inclusión como contenido de las capitulaciones matrimoniales será cada vez más frecuente en Europa. No obstante, admitida la amplitud de la libertad de pactos entre cónyuges, ésta se tornará incierta cuando se acuda a un tribunal español para que lleve a cabo el control judicial del pacto en cuestión y decida sobre su ejecución en base al respeto de los límites impuestos. Incertidumbre que se incrementa cuando entra en juego el elemento extranjero. En definitiva, estos acuerdos serán válidos y plenamente vinculantes si el consentimiento de las partes resulta válido y el acuerdo no contraría la igualdad entre cónyuges ni el compromiso al respeto de los deberes conyugales, la protección a la familia y a los hijos, y siempre que en el momento en que se deba hacer efectivo no perjudique gravemente a ninguno de los cónyuges. Como decíamos y, en última instancia, habrá que ponderar dos reglas para determinar la validez de estos acuerdos: el principio *pacta sunt servanda* y su contrapeso, la cláusula *rebus sic stantibus*.

**90.** Menos romanticismo, que no menos amor o menor compromiso, en pro de una mayor autonomía privada. Pero sin que esta libertad se ejerza en detrimento de la seguridad jurídica; debiendo poner el foco en que lo acordado por los cónyuges, antes o después del matrimonio y en el marco de unas capitulaciones matrimoniales, llegará a ejecutarse si finalmente se dan las circunstancias previstas en el pacto y se respetan los límites indicados. Para evitar que el pacto fruto de la autonomía de la voluntad, llegado el momento de su ejecución, derive en un proceso judicial que se eternice, abogamos por un previo asesoramiento profesional a los cónyuges que aporte las garantías necesarias. Así, el papel de notarios y abogados, quienes deberán identificar las necesidades de sus clientes y atender a la finalidad de los acuerdos, adquiere especial relevancia para asegurar que esa autonomía de la voluntad sea vinculante y, por ende, ejecutable.