

LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIALES Y LA RENUNCIA ANTICIPADA A PENSIONES POSDIVORCIO: ESTUDIO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

ARTÍCULO

*Pedro Juan Cabán Vales**

I. Planteamiento del tema: la libertad de pacto y la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia	141
II. Los pactos realizados en previsión del divorcio, de una ruptura o en ocasión de crisis	146
III. Tratamiento del tema en Estados Unidos	152

I. Planteamiento del tema: la libertad de pacto y la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia

En el Código Civil español (en adelante Código Civil) se reconoce la libertad de pacto en la contratación entre los cónyuges.¹ El principio está recogido en los Artículos 1315, 1325 y 1328 de dicho cuerpo legal. En esas disposiciones se indica esencialmente que los cónyuges establecerán el régimen económico del matrimonio en capitulaciones y que podrán pactar *cualquier estipulación que no sea contraria “a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de*

* Investigador del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid. BA, J.D., Universidad de Puerto Rico; Diploma de Estudios Avanzados, Universidad Complutense de Madrid. El presente escrito es una versión ampliada de la conferencia dictada el 1 de julio de 2010 en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid como parte del *X Curso de Derecho español: Nuevas Tendencias del Derecho de Familia*. El autor expresa su agradecimiento a la Profesora Glenda F. Labadie Jackson, Catedrática Asociada de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, por haber llamado su atención sobre la importancia de este tema y proveerle orientación valiosa para encausar la investigación. pedro.caban@gmail.com.

¹ Javier Barceló Doménech, *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil, especial consideración de la doctrina jurisprudencial)* cap. I, 46 (Dykinson 2005) [en adelante *El régimen económico del matrimonio*]; Juan Alvarez-Sala Walther, *Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, ___ CXII Revista de Derecho Notarial 7 (abril-junio 1981).

derechos que corresponde a cada cónyuge”.² Las disposiciones indicadas, en particular el Artículo 1328, consignan el principio de la autonomía de la voluntad en términos parecidos a los del Artículo 1255 del mismo cuerpo legal, donde se establece dicho principio para todo tipo de contrato: “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”.³ Ello así, se ha afirmado que para el análisis de los contratos entre cónyuges “rigen las reglas generales de la contratación”,⁴ y que el Artículo 1328, *en principio*, contiene las mismas limitaciones genéricas que establece el Artículo 1255 del Código Civil.⁵

A pesar de lo anterior, se ha matizado que en el Derecho de Familia el principio de la autonomía de la voluntad está bastante más condicionado o diluido que en la disciplina puramente contractual o patrimonial.⁶ Esto se debe a que en el Derecho de Familia abundan las normas de carácter imperativo, o de orden público, especialmente en lo tocante a las relaciones con los hijos y a aquellas entre los cónyuges que son de carácter personal, no patrimonial, tales como el deber de proveerse alimentos, socorro, asistencia o fidelidad mutua.⁷ En estas áreas el Estado impone “fortísimas limitaciones” a la autonomía de la voluntad.⁸ Debido a lo anterior, en el Derecho de Familia la autonomía de la voluntad de los cónyuges

² Art. 1328 Cód. Civ. Esp. (2009) (énfasis suplido).

³ Art. 1255 Cód. Civ. Esp. (2009).

⁴ Joan Egea Fernández, *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo* vol. 3, 4556 (Civitas 2003) [en adelante *Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*].

⁵ Pedro J. Femenía López, *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil, especial consideración de la doctrina jurisprudencial)* cap. II, 127.

⁶ Jose Luis Lacruz Berdejo et al., *Elementos de Derecho Civil* 4-5 (Joaquín Rams Albesa, 3ra ed., Dykinson 2008); Ignacio Paz-Ares, *Previsiones capitulares*, en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia* 117 (Dykinson 2008).

⁷ Lacruz Berdejo, *supra* n. 6, *Id.*, en las págs. 4-5; José Luis de los Mozos, *Artículo 1.328*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* vol. XVIII-1, 206 (Manuel Albaladejo, 2da. ed., Editorial Revista de Derecho Privado 1982). La idea indicada ha sido expresada de la siguiente manera:

Entre las normas de Derecho de Familia hay muchas que son imperativas e inderogables, como las que regulan el contenido y la extensión de las potestades familiares, la eficacia de la relación parental y la creación y efectos de cada *status*: en este último aspecto, la manifestación de voluntad o el acuerdo de voluntades suelen quedar restringidos a la mera creación del vínculo familiar, cuyos efectos no pueden regular ulteriormente. No quiero eso decir que no haya, en el Derecho de familia, ámbitos abandonados al querer individual, pero sí que en muchos casos los derechos y deberes familiares, como nacidos de un *status*, son regulados por la ley rigidamente, sin modificación posible.

Lacruz Berdejo, *supra* n. 6, en *Id.*, en las págs. 4-5.

⁸ José María Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral* vol. 1, 57-58 (Gabriel García Cantero, 12ma ed., Reus S.A. 1994).

se manifiesta generalmente en la regulación de la economía del matrimonio, esto es, en lo que atañe a los derechos de carácter patrimonial.⁹

En lo que respecta a la selección y configuración del régimen económico matrimonial, el ordenamiento jurídico concede a los cónyuges una libertad amplia.¹⁰ De conformidad con la libertad conferida, ya desde antes de la celebración del matrimonio se pueden establecer, por ejemplo, reglas específicas acerca de: la selección del régimen económico del matrimonio; contribuciones al levantamiento de las cargas familiares; concesión de derechos de administración de un cónyuge a favor de otro, aunque estén en casados en régimen de separación de bienes; la liquidación y el cambio del régimen económico del matrimonio, entre otros.¹¹

Ahora bien, dentro de la diversidad de cláusulas que los cónyuges podrían establecer en capitulaciones matrimoniales, la doctrina ha indicado que solamente aquellas que están relacionadas con el establecimiento y modificación del régimen económico matrimonial, constituyen el contenido esencial, típico o estricto de las capitulaciones matrimoniales.¹² Esto se debe a que es dicha materia a la que el Código se refiere específicamente al hablar de las capitulaciones matrimoniales y, por lo tanto, ese tipo de estipulaciones necesariamente tienen que constar en escritura pública para que puedan llegar a surtir efectos.¹³ Por otro lado, el ordenamiento establece diversos pactos que, aunque no están relacionados con la economía del matrimonio propiamente, han de constar necesariamente en las capitulaciones: la donación de bienes futuros para el caso de muerte;¹⁴ la promesa de mejorar;¹⁵ y la

⁹ Luis Díez-Picazo & Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil* vol. IV, 134 (10ma ed., Tecnos 2006) (“El ordenamiento admite como norma rectora la *lex privata* producto de la voluntad de los interesados . . . Así como las llamadas relaciones personales entre los cónyuges y el conjunto de relaciones y derechos atinentes a esa esfera presenta un marcado cariz de orden público, el régimen económico conyugal, preservando la seguridad del tráfico y los derechos de terceros, es un asunto que concierne casi en exclusiva a los interesados”). Véase además Cf. Encarna Roca, *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferrrol* (Joan Manuel Abril Campoy & Maria Eulalia Amat Llari, Tirant Lo Blanch 2006) (“[L]a autonomía o lo que se ha venido en llamar *libertad civil*, en el ámbito familiar afectará básicamente a los mayores de edad en sus relaciones patrimoniales”).

¹⁰ Díez-Picazo & Gullón, *supra* n. 9, en la pág. 148. Sin embargo, el Legislador ha exigido que el pacto mediante el cual los cónyuges escojan o establezcan las reglas que van a regir la economía del matrimonio conste en capitulaciones matrimoniales las cuales deberán figurar en escritura pública. Arts. 1315, 1325, 1327 Cód. Civ. Esp. (2009). Véase además Juan Manuel Llopis Giner, *Un régimen económico para cada matrimonio: el ejercicio de la libertad*, en *Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, *supra* n. 4, en la pág. 4728 (“Las capitulaciones matrimoniales son el vehículo elegido por el legislador para articular la actuación de la autonomía en el campo de la relación patrimonial matrimonial”).

¹¹ Egea Fernández, *supra* n. 4, en la pág. 4559; Díez-Picazo & Gullón, *supra* n. 9, en las págs. 134-35; Femenía López, *supra* n. 5, en la pág. 136.

¹² Lacruz Berdejo, *supra* n. 6, en la pág. 137; Díez-Picazo & Gullón, *supra* n. 9, en la pág. 148; Femenía López, *supra* n. 5, en la pág. 124.

¹³ Arts. 1315, 1325, 1327 Cód. Civ. Esp. (2009).

¹⁴ Art. 1.331 Cód. Civ. Esp. (2009).

¹⁵ Art. 826 Cód. Civ. Esp. (2009).

concesión al viudo de la facultad de distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes.¹⁶

Junto a este contenido, el ordenamiento permite que los cónyuges puedan incluir otras estipulaciones que, aunque están relacionadas con el matrimonio, no caen dentro de la categoría de contenido estricto o esencial que indicamos en el párrafo anterior.¹⁷ Esta idea, en cuanto al contenido posible, pero no esencial, de las capitulaciones matrimoniales, ha sido expresada de la siguiente manera:

No todo este contenido, evidentemente, pertenece a la esencia de los capítulos. En realidad, *salvo las determinaciones sobre el régimen matrimonial y la mejora irrevocable a que acabo de referirme en el epígrafe anterior, las demás pueden establecerse fuera de ellos.*

De las atribuciones concretas de bienes, hay que distinguir las determinaciones puramente normativas: estipulaciones concernientes al régimen económico conyugal que no realizan ninguna transferencia de presente, sino que se limitan a regular eventos futuros, constituyendo los capítulos, en cuanto a ellas, un contrato normativo o convención-ley.

Tales determinaciones representan el reglamento que va a gobernar en adelante la pertenencia, responsabilidad y gestión de los bienes e ingresos de los cónyuges; la economía doméstica y familiar; el reparto de beneficios y pérdidas. A estas determinaciones con valor de reglamento les llamo *estipulaciones capitulares* o bien *determinaciones hipotéticas, esto es, reglas predispuestas para una hipótesis que puede verificarse o no (p.e., previsiones para el caso de separación o divorcio).*¹⁸

Como puede colegirse de lo anterior, entre los pactos que pueden establecer los cónyuges o futuros cónyuges se encuentran aquellos dirigidas a establecer reglas para la eventualidad en que el matrimonio desemboque en una separación o un divorcio. Tales previsiones, como surge del texto citado, pueden constar en capitulaciones, pero también pueden ser pactadas en documento privado. Este tipo de cláusulas, en las cuales se establecen pactos en previsión de crisis o rupturas matrimoniales, son cada vez más comunes.¹⁹ Su auge ha sido atribuido, al menos parcialmente, al

¹⁶ Art. 831 Cód. Civ. Esp. (2009). Véase María Luisa Moreno-Torres Herrera, *Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales*, 634 Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 849, 851 (1996).

¹⁷ Esto se deduce del Artículo 1325 del Código Civil español donde se establece: “En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”. *Id.* (énfasis suplido). Véase Castán Tobeñas, *supra* n. 8, en las págs. 358-59.

¹⁸ Lacruz Berdejo, *supra* n. 6, en la pág. 137 (énfasis suplido).

¹⁹ Juan Pérez Hereza, *La Autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales*, 48 Anales de la Academia Matritense del Notariado 547, 549 (2007-2008); Roca, *supra* n. 9, en la pág. 2118.

“deseo de los contrayentes de *proteger sus activos patrimoniales y evitar que el otro cónyuge pueda apropiarse de parte de ellos al disolverse el matrimonio o al producirse la separación*”.²⁰ La corrección de dicha aseveración resulta evidente al ser puesta en relación con el hecho de que el número de separaciones y divorcios ha aumentado vertiginosamente en España durante la última década:

*La frase de que uno de cada dos matrimonios termina en divorcio no es una exageración, más bien lo contrario, porque desde 2001 esa proporción se cumple y ha ido en aumento hasta alcanzar la cifra de que en 2006 por cada tres matrimonios hubo más de dos divorcios. Dicha proporción ha bajado en 2007 y 2008 pero supera con creces la tan citada frase del uno de cada dos como podemos ver en las estadísticas.*²¹

Partiendo de la premisa de que la ruptura matrimonial es un fenómeno social cada vez más común, no debe sorprender entonces que las parejas opten por planificar anticipadamente los efectos de dicha eventualidad con el fin de reducir las consecuencias lesivas que ésta pudiera tener:

Esta nueva realidad trae consigo, entre otros fenómenos, un incremento en el número de pactos reguladores de las crisis matrimoniales, y como novedad la aparición con fuerza de los pactos preventivos reguladores de una crisis futura e hipotética. La ruptura matrimonial ha dejado de ser un acontecimiento excepcional en nuestra sociedad, de ahí que sea frecuente que los cónyuges en el momento inicial de su vida en común, la consideren una posibilidad y pretendan anticipar sus consecuencias.²²

²⁰ Egea Fernández, *supra* n. 4, en la pág. 4551. Para fundamentar la aseveración transcrita arriba, el autor citado hace referencia a estadísticas del año 2001 según las cuales en Madrid, donde el régimen legal supletorio es la Sociedad Legal de Gananciales, la proporción de capitulaciones matrimoniales otorgadas fue de 1 por cada 2.38 matrimonios; sin embargo, en Cataluña, donde el régimen legal supletorio es el de Separación de Bienes, la proporción fue de 1 por cada 11.63 matrimonios. *Id.* en la pág. 4551 n.1. Ese mismo año se otorgaron en Madrid casi 8 mil capitulaciones más que en Cataluña: 10,498 frente a 2,648. *Id.*

²¹ Luis A. Anguita Villanueva, *Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española*, en Joaquín Rams Albesa et al., *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de Derecho de Familia* 304-05 (Dykinson 2010). Las estadísticas anuales de los divorcios acaecidos en España pueden consultarse en el sitio de internet del Instituto Nacional de Estadística (INE). Véase <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft18%2Fp420%2Fp01&file=inbase&L=0> (accedido el 19 de agosto de 2010).

²² Pérez Hereza, *supra* n. 19, en la pág. 549.

II. Los pactos realizados en previsión del divorcio, de una ruptura o en ocasión de crisis

A. Consideraciones generales

En el ámbito del Código Civil existe la figura o el concepto del convenio regulador que es un “vehículo formal que permite la expresión de la voluntad de los cónyuges que se separan o divorcian”.²³ Éste consiste en una serie de estipulaciones que los cónyuges deben someter para aprobación judicial en casos de separación judicial, divorcio o nulidad.²⁴ Los elementos mínimos que tienen que constar en dicho convenio, *ius cogens*, están recogidos en el Artículo 90 del Código Civil, en donde se establece que las estipulaciones deben atender asuntos tales como: el cuidado de los hijos y el régimen de visitas, la atribución de la vivienda y el ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos y bases para la actualización de los mismos, la liquidación del régimen económico matrimonial y la *pensión compensatoria*, según sea el caso.²⁵

El convenio o los acuerdos establecidos por los cónyuges serán aprobados por el Juez “salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.²⁶ En otras palabras, en estos casos la libertad de pacto está condicionada a la no causación de perjuicio, según apreciada por el Juez. Debido a esta mezcla de autonomía de la voluntad e intervención judicial, se ha indicado que el convenio regulador constituye un negocio jurídico de carácter mixto.²⁷

Habida cuenta de la existencia de la institución del convenio regulador y ante la posibilidad que tienen los cónyuges de otorgar acuerdos en previsión de futuras crisis matrimoniales o el divorcio, resulta obligado preguntar cuál es la interrelación entre ambos tipos de acuerdos y si lo estipulado en un convenio regulador puede modificarse mediante un acuerdo privado.²⁸ En cuanto a la posibilidad de acuerdos al margen del convenio regulador, el Tribunal Supremo español ha indicado que “los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial”.²⁹

²³ Roca, *supra* n. 9, en la pág. 2119.

²⁴ Arts. 81, 86, 90 Cód. Civ. Esp. (2009); Díez-Picazo & Gullón, *supra* n. 9, en la pág. 119.

²⁵ Art. 90 Cód. Civ. Esp. (2009); Lacruz Berdejo, *supra* n. 6, en las págs. 96-97.

²⁶ Art. 90 Cód. Civ. Esp. (2009).

²⁷ STS de 23 de diciembre de 1998, RJ (1998/9758). Véase Díez-Picazo & Gullón, *supra* n. 9, en la pág. 120 (“no nos encontramos ante un puro negocio jurídico de Derecho privativo, sino ante un acto mixto en que intervienen los sujetos privados y la autoridad pública”). Véase además STS de 26 de enero de 1993, RJ (1993/365) (“la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses queridos por las partes”).

²⁸ Roca, *supra* n. 9, en la pág. 2120 (“[S]e plantea otra cuestión que no ha sido objeto de estudio. . . cuál es la relación que tienen los capítulos y el convenio regulador”).

²⁹ STS de 23 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9758).

Asimismo, dicho foro ha establecido que los acuerdos entre las partes en contemplación de las crisis matrimoniales son contratos cuya validez depende de que lo pactado esté dentro de los límites de la autonomía de la voluntad, que se cumplan los requisitos esenciales para la validez de los contratos y las formalidades *ad solemnitatem*, según sea el caso, y que *cumplido lo anterior los cónyuges pueden completar o modificar lo establecido en el convenio regulador*.³⁰

En esa línea, dicho foro ha indicado que este tipo de pactos tienen efecto *inter partes* aunque no hayan sido aprobados judicialmente siempre que se desenvuelva dentro de los límites de la autonomía de la voluntad.³¹ Coincidentemente, se ha aclarado que debe distinguirse entre aquellas estipulaciones que afectan únicamente a los esposos de aquellas que afectan a terceros: las primeras pueden dejarse sin efecto por los esposos, las segundas no. En otras palabras, al acercarse al tema de si los convenios reguladores pueden dejar sin efecto las estipulaciones de los cónyuges, hay que partir de la premisa de que ellos es sin perjuicio de los derechos que correspondan a terceros en virtud de las estipulaciones anteriores de los cónyuges.³²

En cuanto a los tipos de acuerdos en previsión de rupturas matrimoniales cuya validez ha admitido reconocida cabe mencionar los *contratos de transacción* derivados de las crisis matrimoniales, aunque sólo en el ámbito puramente patrimonial y sin que estén relacionados con los hijos, porque se considera que en estos asuntos no hay un efecto sobre el orden social ni el interés público. Llegar a este resultado ha implicado una interpretación restrictiva del ámbito de acción del Artículo 1814 del Código Civil el cual establece que no se puede transigir “sobre cuestiones matrimoniales”,³³ ya que se hace recaer la restricción establecida solamente sobre aspectos de la vida matrimonial y familiar,³⁴ pero no sobre asuntos de carácter patrimonial.³⁵

Por ejemplo, se ha decretado la validez de pactos en previsión de crisis matrimoniales tales como: determinar si ciertos bienes van a ser de carácter privativo o ganancial con independencia de lo establecido en el ordenamiento jurídico o en régimen general de las capitulaciones;³⁶ liquidar, mediante acuerdo privado, el régimen económico del matrimonio;³⁷ un acuerdo de separación de hecho, realizado fuera de los tribunales en que los cónyuges pactaron que el régimen de separación de bienes sería el establecido en un ordenamiento jurídico distinto al de su lugar

³⁰ STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9649).

³¹ STS de 27 de enero de 1998 (RJ 1998/110).

³² Roca, *supra* n. 9, en la pág. 2120-21.

³³ Art. 1814 Cód. Civ. Esp. (2009).

³⁴ STS de 7 de abril de 1994, (RJ 1994/2728).

³⁵ STS de 12 de febrero de 1991 (RJ 1991/1196) (liquidación de régimen económico); STS de 4 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6202) (liquidación de sociedad legal de gananciales).

³⁶ STS de 19 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9110).

³⁷ STS de 12 de febrero de 1991 (RJ 1991/1196).

de residencia;³⁸ un pacto privado por el que se aumenta el monto de una *pensión establecida previamente en un convenio regulador*,³⁹ entre otros.⁴⁰

La doctrina jurisprudencial aplicable a la validez de este tipo de acuerdos se ha sintetizado, en lo pertinente, en las siguientes conclusiones de carácter general: para que se estimen válidos es necesario que concurren los requisitos esenciales para la existencia de todo contrato, esto es, consentimiento, objeto y causa, y que lo pactado esté dentro de los límites de la autonomía de la voluntad; no es necesaria la homologación judicial para su validez; tienen efecto entre las partes contratantes, pero no son oponibles a terceros probablemente debido a la falta de publicidad.⁴¹

B. Renuncia anticipada a una pensión compensatoria

Uno de los pactos en previsión de ruptura matrimonial que resulta más común en la práctica, y que ha generado más debate en la doctrina española, es aquel por el que se renuncia anticipadamente a la pensión compensatoria posdivorcio. La pensión compensatoria tiene la función de paliar el desequilibrio que el divorcio produce en los patrimonios de los cónyuges. Esto la distingue de la pensión alimenticia en que su fundamento no es propiamente la necesidad de uno de los cónyuges, si no eliminar un desequilibrio producido por el divorcio. De ahí que se le llame pensión compensatoria en lugar de alimenticia, a pesar de que en ocasiones pueda cumplir una función asistencial.⁴² En general, hay consenso en que la pensión compensatoria puede ser renunciada con posterioridad al surgimiento del derecho.⁴³ Esto se deduce de la circunstancia de que la pensión compensatoria es un derecho de carácter rogado y disponible, razón por la cual en la medida que el legitimado para solicitarla no lo haga, el Juez no tiene facultad para concederla de oficio.⁴⁴ Es por lo anterior que el debate se ha centrado en torno a posibilidad de renunciar a ese

³⁸ STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251).

³⁹ SAB de 16 de mayo de 2001 (JUR 2001/244858).

⁴⁰ Véase Roca, *supra* n. 9, en las págs. 2128. Véase además Femenía López, *supra* n. 5, en las págs. 126-131.

⁴¹ Roca, *supra* n. 9, en la pág. 2128.

⁴² Pérez Hereza, *supra* n. 19, en las págs. 573, 576-77; Leonor Aguilar Ruiz & César Hornero Méndez, *Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial*, 57 Revista Jurídica del Notariado 9, 16-17 (2006). Como dijimos, a pesar de que en ocasiones cumple una función asistencial, la pensión compensatoria, generalmente, “no se considera de naturaleza alimenticia ya que no se basa en el binomio necesidad/posibilidad, sino en el desequilibrio patrimonial producido a uno de los esposos o ex esposos por la separación o el divorcio”. María Paz García Rubio, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil*, 56 Anuario de Derecho Civil 1653 (2003); Pérez Hereza, *supra* n. 19, en las págs. 576-77; Véase además Art. 97 Cód. Civ. Esp. (2009) (estableciendo las circunstancias o factores que se tendrán en cuenta para conceder una pensión compensatoria y fijar su importe).

⁴³ Paz-Ares, *supra* n. 6, en la pág. 133; Roca, *supra* n. 9, en la pág. 2136.

⁴⁴ Teresa Marín García de Leonardo, *La temporalidad de la pensión compensatoria*, 40-45 (Tirant Lo Blanch 1997).

derecho total o parcialmente de manera anticipada. La doctrina ha recogido varios argumentos a favor y en contra de esta posibilidad.

Una de las principales objeciones que se ha formulado es que la renuncia anticipada estaría prohibida porque el Código Civil no admite la renuncia de meras expectativas, sino de derechos.⁴⁵ En vista de que el derecho a la pensión compensatoria no nace sino hasta el momento del divorcio, conforme a esta visión no sería posible renunciar a ella de modo anticipado.

Aparte del razonamiento anterior, se han esgrimido los siguientes argumentos en contra de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria: (i) el esposo que cuenta con la renuncia del otro no tendría reparos en incurrir en todo tipo de conductas contrarias a los deberes conyugales, dado que ya no tendría temor a la reclamación económica que acompaña a una separación o a un divorcio, que es una de las razones principales que mueve a las personas a proponer este tipo de pactos; (ii) admitir la renuncia contribuiría a erosionar la institución matrimonial rindiendo culto en exceso a los intereses patrimoniales; (iii) la renuncia en materia de pensión compensatoria podría llegar a comprometer el derecho a poner fin a una convivencia no deseada, toda vez que el cónyuge renunciante, aun estando legitimado para solicitar el divorcio o la separación, estaría disuadido de hacerlo ante el temor de sufrir graves consecuencias económicas; (iv) incluso si fuera admitida la renuncia, la misma tendría que ser recíproca porque de lo contrario se quebrantaría el principio de igualdad de los cónyuges establecido en el Artículo 1328 del Código Civil; (v) el “fin justo” al que se supone que sirve la renuncia de la pensión compensatoria, esto es, evitar que el matrimonio pueda servir de medio de vida a quienes desean ser mantenidos indefinidamente por su excónyuge a través de una pensión sustanciosa, puede ser atendido a través de los propios criterios establecidos para la concesión de una pensión compensatoria.⁴⁶

En oposición a lo anterior, se han esgrimido diversos argumentos a favor de la renuncia a la pensión compensatoria. Al examinarlos, debe tenerse en cuenta que buena parte de los esfuerzos de la doctrina en este sentido van dirigidos a contrarrestar el razonamiento conforme al cual la pensión compensatoria no podría ser renunciada porque es una cosa futura o una mera expectativa. Teniendo lo anterior mente, pasamos a enumerar algunos de los argumentos que se han esgrimido a favor de que se pueda renunciar anticipadamente a la pensión compensatoria: (i) la pensión compensatoria no es de carácter imperativo, por lo que su renuncia no es contraria al orden público; (ii) toda vez que la pensión compensatoria es una especie de obligación que surge debido al daño que provoca el divorcio, no hay problema en aplicar de manera analógica el Artículo 1102 del Código Civil, el cual,

⁴⁵ Paz-Ares, *supra* n. 6; Roca, *supra* n. 9, en la pág. 2128.

⁴⁶ Ana Laura Cabezuelo Arenas, *¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?*, Aranzadi Civil num. 18/2004, BIB 2004/1843; M. De La Cámara Álvarez, *En torno a la llamada pensión compensatoria del Art. 97 del Código Civil*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero* 123 (1985).

aunque prohíbe la renuncia a la acción por dolo, no lo hace así con la acción por negligencia,⁴⁷ lo que es una instancia de renuncia válida a un derecho que no ha nacido aún; (iii) el Artículo 1271 del Código Civil permite la renuncia a las cosas futuras;⁴⁸ (iv) el Artículo 1108 del Código Civil permite la renuncia anticipada a los daños ocasionados por culpa;⁴⁹ (v) los Artículos 1475 y subsiguientes del Código Civil permiten la renuncia anticipada a la acción de saneamiento y evicción en la compraventa;⁵⁰ (vi) el propio Artículo 6(2) del Código Civil⁵¹ permite la exclusión de la Ley aplicable y la renuncia de Derechos poniendo como único límite real que no se contravenga el orden público.⁵²

Ahora bien, al momento de considerar las condiciones bajo las cuales podría estimarse procedente una pensión compensatoria, los autores hacen énfasis tanto en la necesidad de asegurar que el consentimiento prestado sea voluntario e informado,

⁴⁷ El artículo referido del Código Civil español establece lo siguiente: “La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”. Art. 1102 Cód. Civ. Esp. (2009).

⁴⁸ El artículo 1271 del Código Civil español establece lo siguiente:

Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. Puede ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

Art. 1271 Cód. Civ. Esp. (2009).

⁴⁹ El artículo 1108 del Código Civil establece lo siguiente: “Si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicio, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”. Art. 1108 Cód. Civ. Esp. (2009).

⁵⁰ El artículo 1475 del Código Civil establece lo siguiente:

Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada.

El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato.

Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor.

Art. 1475 Cód. Civ. Esp. (2009).

A su vez, el artículo 1477 del Código Civil lee como sigue:

Cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias.

Art. 1477 Cód. Civ. Esp. (2009).

⁵¹ El referido artículo del Código Civil establece, en lo pertinente: “La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia de los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”. Art. 6 (2) Cód. Civ. Esp. (2009).

⁵² Paz-Ares, *supra* n. 6, en la pág. 133; Roca, *supra* n. 9, en las págs. 2136-37; Beatriz Saura Alberdi, La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión 251-56 (Tirant Lo Blanch 2004).

como en el hecho de que la efectividad de la renuncia en efecto estará sujeta a que al momento del divorcio la parte renunciante tenga bienes con qué vivir, y a que las circunstancias imperantes al momento de la perfección del pacto no hayan cambiado de manera que hagan dicha renuncia demasiado gravosa.⁵³

Precisamente, estas preocupaciones han llevado a que se postule que, aunque al examinar los pactos en previsión de crisis rigen las reglas generales de la contratación, las particularidades de los mismos, justifican la realización de un examen más riguroso de la concurrencia de los requisitos generales, así como la creación de reglas especiales para examinar su validez.⁵⁴ De conformidad con lo anterior, y a manera de síntesis, se ha indicado que, aparte de los parámetros generales para examinar la validez de los contratos y los criterios de no causación de perjuicio para el caso de los convenios reguladores, en el examen de este tipo de pactos deben aplicarse las siguientes reglas especiales: (i) un examen más estricto en torno a los requisitos esenciales de validez de los contratos, particularmente del consentimiento; (ii) cerciorarse de que el desequilibrio de fuerzas no haya desembocado en una imposición de acuerdos; (iii) asegurarse de que ambas partes tengan acceso a la información financiera de la otra de manera que sepan la extensión de la renuncia que están realizando; (iv) que al momento de la ejecución del acuerdo no hayan sobrevenido circunstancias que hagan injusta la aplicación del el acuerdo; y (v) que se exija la concurrencia de asesoría legal compulsoria de manera que las partes estén conscientes de la extensión de su renuncia y de las diferentes circunstancias que podrían sobrevenir.⁵⁵

A pesar de que el Código Civil español no regula específicamente ni establece reglas especiales para analizar la validez de los pactos en previsión de crisis matrimoniales, algunas Comunidades Autónomas han aprobado legislación específica en cuanto a este asunto. Este es el caso del Libro II del Código Civil de Cataluña, que entró en vigor en enero de 2011. En dicho cuerpo legal se regula la figura de En los artículos regula los pactos en previsión de una ruptura matrimonial y se establecen requisitos para examinar su validez. Como veremos seguidamente, muchos de los

⁵³ Paz-Ares, *supra* n. 6, en la pág. 135-36; Roca, *supra* n. 9, en la pág. 2136-37; Egea Fernández, *supra* n. 4, en la pág. 4567. Igualmente, se ha afirmado que la renuncia a la pensión compensatoria debe ser recíproca para que pueda estimarse válida, pues de lo contrario sería contraria al principio de igualdad de los cónyuges. Ángel Luis 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 *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* vol. 1, 742 (Thomson Civitas 2008).

⁵⁴ Egea Fernández, *supra* n. 4, en la pág. 4556. Como veremos posteriormente, este es el mismo enfoque que se ha seguido en Estados Unidos. En esa jurisdicción, los acuerdos prenupciales, aparte de tener que cumplir con los requisitos de validez aplicables a todos los contratos, tienen que cumplir con las reglas especiales diseñadas específicamente para auscultar su validez. Véase Judith T. Younger, *Perspectives on Antenuptial Agreements: An Update*, 8 J. Am. Acad. Matrim. Law. 1, 4-6 (1992) [en adelante Younger, *Perspectives on Antenuptial Agreements*].

⁵⁵ Egea Fernández, *supra* n. 4, en las pág. 4558-4567. Véase además Paz-Ares, *supra* n. 6, en las págs. 134-37.

criterios establecidos en esa legislación, así como los sugeridos por la doctrina interpretativa del Código Civil español, son similares a los que se han desarrollado en el derecho de Estados Unidos.⁵⁶

III. Tratamiento del tema en Estados Unidos

A. Los acuerdos prenupciales en contemplación del divorcio y los límites a la libertad de pacto

Hasta la década de los '70, los tribunales estadounidenses declinaban poner en vigor los acuerdos prenupciales en contemplación del divorcio.⁵⁷ El principal

⁵⁶ Véase Egea Fernández, *supra* n. 4, en la pág. 4552-54, 4561, 4564 n.33, 4567 n.39 (indicando que los pactos en previsión del divorcio han tenido “más temprana y mayor difusión” en Estados Unidos y discutiendo los criterios desarrollados en esa jurisdicción para analizarlos); Roca, *supra* n. 9, en la pág. 2109 (“La lectura de obras de derecho anglosajón nos permite constatar un cambio hacia un mayor papel de la autonomía”); Anguita Villanueva, *supra* n. 21, en la pág. 318 (indicando que algunas disposiciones de los artículos 231-19 y subsiguientes del entonces Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña, hoy vigente, dedicado a los pactos en previsión de ruptura, son extraordinariamente similares a lo establecido en los principios sobre la disolución del matrimonio elaborados por el “American Law Institute” de Estados Unidos). Las disposiciones relevantes del Libro II del Código Civil de Cataluña a las que aludimos anteriormente establecen lo siguiente:

1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenuptiales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio.
2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.
3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.
4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.
5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgan.

Art. 231-20 Libro II Código Civil de Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio (LCAT/2010/534). Véase Boletín Oficial del Estado (Número: 203, 21/08/2010, Disposición núm. 13312, en las págs. 73471), <http://www.boe.es/boe/dias/2010/08/21/> (accedido el 9 de abril de 2011). . osy subsiguientes entonces hoy vigente, Para un análisis abarcador de estas y otras disposiciones relevantes del entonces Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña, hoy Ley vigente, así como una comparación del estado de cosas en el Código Civil español, véase Rebolledo Varela, *supra* n. 53.

⁵⁷ Brian Bix, *Bargaining in the Shadow of Love: the Enforcement of Premarital Agreements and How We Think About Marriage*, 40 Wm. & Mary L. Rev. 145, 152 (1998); Katharine B. Silbaugh, *Marriage Contracts and the Family Economy*, 93 Nw. U. L. Rev. 65, 72-73 (1998); Gail Frommer

argumento esbozado para justificar dicha conclusión era que este tipo de acuerdos resultaban contrarios al orden público.⁵⁸ A pesar de esta reticencia inicial, con el pasar de los años y el aumento de los casos de divorcio los tribunales comenzaron paulatinamente a admitir la validez de los acuerdos prenupciales.⁵⁹ De conformidad con lo anterior, la visión rígida que establecía que ese tipo de acuerdos contravenían de suyo el orden público ha sido atemperada por los tribunales, si bien todavía hoy se recurre esporádicamente a la doctrina mencionada para invalidar algunos acuerdos.⁶⁰

La doctrina de la excepción del orden público, como límite a la libertad de contratación, ha sido articulada de maneras diversas. Así, por ejemplo, se ha decretado que los acuerdos prenupciales violan el orden público cuando: fomentan o incentivan irrazonablemente el divorcio; contienen cláusulas que modifican aspectos esenciales del matrimonio; o contienen estipulaciones no económicas que intentan regular la conducta de los cónyuges durante el matrimonio y otros aspectos

Brod, *Premarital Agreements and Gender Justice*, 6 Yale J.L. & Feminism 229, 254-55 (1994). En general, se conocen como acuerdos prenupciales aquellos suscritos por cónyuges futuros en el cual intentan regular los derechos de cada uno en caso de que ocurra un evento futuro, en particular el final del matrimonio por muerte o por divorcio. Karen Servidea, *Reviewing Premarital Agreements to Protect the State's Interest in Marriage*, 91 Va. L. Rev. 535 (2005). En este escrito nos ocuparemos de este último tipo de acuerdos.

⁵⁸ Glenda F. Labadie Jackson, *Los Acuerdos Prenupciales en Previsión de Ruptura Matrimonial por Divorcio en los Estados Unidos de América: La Autonomía Privada en el Ámbito de las Relaciones Familiares* (Tesis pendiente de publicación, presentada en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra en el año 2008); Bix, *supra* n. 57, en la pág. 150; Judith T. Younger, *Lovers' Contracts in the Courts: Forsaking the Minimum Decencies*, 13 Wm. & Mary J. Women & L. 349, 352 (2007) [en adelante Younger, *Lovers' Contracts*].

⁵⁹ El caso seminal en esta área es *Posner v. Posner*, 233 So. 2d 381, 385 (Fla. 1970). Véase Frommer Brod, *supra* n. 57, en las págs. 252-53; Silbaugh, *supra* n. 57, en las págs. 72-73.

⁶⁰ Labadie Jackson, *supra* n. 58. Véase Frommer Brod, *supra* n. 57, en la pág. 252-54; Silbaugh, *supra* n. 57, en la pág. 79; Jonathan E. Fields, *Forbidden Provisions in Prenuptial Agreements: Legal and Practical Considerations for the Matrimonial Lawyer*, 21 J. Am. Acad. Matrim. Law 413, 414 (2008). Véase además e.g. *Brooks v. Brooks*, 733 P.2d 1044, 1049 n.7, 1050 n.16 (Alaska 1987) (indicando que la idea de que los acuerdos prenupciales incentivan el divorcio es anacrónica y haciendo un recuento de las decisiones judiciales que hasta entonces habían decretado la validez de este tipo de acuerdos); *Newman v. Newman*, 653 P.2d 728, 732 (Colo. 1982) (los acuerdos que anticipan y proveen acuerdos económicos para después del divorcio aportan a la estabilidad del matrimonio al proteger las expectativas financieras de la pareja); *Scherer v. Scherer*, 292 S.E.2d 662, 665 (Ga. 1982) (cambios sociales tales como el aumento en el número de divorcios, el divorcio sin culpa, la entrada de la mujer en el campo laboral han llevado a los tribunales a reconocer la validez de los acuerdos prenupciales); *In re Marriage of Boren*, 475 N.E.2d 690, 694 (Ind. 1985) (los acuerdos prenupciales facilitan la estabilidad marital al establecer las expectativas y responsabilidades de los cónyuges en una sociedad donde los divorcios y los matrimonios subsiguientes son cada vez más comunes); *Osborne v. Osborne*, 428 N.E.2d 810, 815 (Mass. 1981) (resulta evidente que los cambios de política pública en la última década en el área de las relaciones domésticas ameritan un acercamiento tolerante al uso de los acuerdos prenupciales como una manera de atribuir derechos de propiedad con posterioridad al divorcio).

vinculados a la vida familiar o paterno filial.⁶¹ En cuanto a los acuerdos que fomentan o incentivan irrazonablemente el divorcio, los tribunales han declinado ejecutar acuerdos que le confieren a uno de los cónyuges un incentivo particularmente alto para procurar el divorcio.⁶² Este tipo de incentivo podría ser, por ejemplo, otorgar a uno de los cónyuges una compensación financieramente tentadora en caso de que el matrimonio se disuelva por divorcio.⁶³ Además, algunos tribunales han establecido que aquellos acuerdos que tiendan a facilitar el divorcio, aunque no hayan sido hechos con ese sólo propósito, son ilegales.⁶⁴

Por otra parte, se ha dictaminado que también contravienen el orden público, y por ende son nulas, aquellas cláusulas en virtud de las cuales los futuros esposos modifican *aspectos esenciales del matrimonio*.⁶⁵ Sobre esta categoría, se ha explicado que la misma se fundamenta en la concepción de que el Estado tiene un interés en definir cuáles son los derechos y deberes del matrimonio.⁶⁶ De conformidad con lo anterior, está vedado a los cónyuges suscribir acuerdos mediante los cuales varíen los términos de la relación conyugal o supriman derechos y deberes de la misma según definidos por Ley.⁶⁷

El razonamiento anterior ha sido utilizado por los tribunales estadounidenses para invalidar acuerdos mediante los cuales: el marido intenta librarse de la obligación de sostener y alimentar a su esposa y su hijo cediéndole a ésta una propiedad;⁶⁸ se confiere a la esposa la potestad de seleccionar el domicilio conyugal, lo cual en el derecho anglosajón era función del esposo;⁶⁹ se pactó una compensación económica a favor de la esposa por realizar labores domésticas, lo cual el tribunal entendió son labores que están comprendidas dentro de los deberes

⁶¹ Labadie Jackson, *supra* n. 58; Karen Servidea, *supra* n. 57, en las págs. 537-38; Bix, *supra* n. 57, en la pág. 150; Silbaugh, *supra* n. 57, en las págs. 79-84; Younger, *Lovers' Contracts*, *supra* n. 58, en la pág. 352; *Restatement (Second) of Contracts* § 190(2) (1981).

⁶² Labadie Jackson, *supra* n. 58; Fields, *supra* n. 60, en la pág. 414.

⁶³ Fields, *supra* n. 60, en la pág. 414.; *Restatement (Second) of Contracts* § 190(2), *supra* n. 58. Véase e.g. *In re Marriage of Bellio*, 129 Cal. Rptr. 2d 556 (Cal. Ct. App. 2003); *In re Dajani*, 251 Cal. Rptr. 871 (Cal. Ct. App. 1988); *In re Marriage of Noghrey*, 169 Cal. App. 3d 326 (6th Dist. 1985); *Gross v. Gross*, 11 Ohio St. 3d 99, 464 N.E.2d 500 (1984). Véase además para propósitos de comparación, SAP de Almería de 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623). En este último caso se decretó la nulidad de un pacto de indemnización por razón de divorcio, adicional a una pensión compensatoria, en el cual el monto total era escalonado en proporción a los años de convivencia conyugal. La Audiencia Provincial resolvió que la cláusula en cuestión era limitativa de los derechos de los cónyuges toda vez que constituía una cláusula que penalizaba el ejercicio del derecho a la separación matrimonial.

⁶⁴ *Rogers v. Webb*, 558 N.W.2d 155 (Iowa 1997); *Ludwig v. Ludwig*, 693 S.W.2d 816 (Mo. Ct. App. W.D. 1985); *Combs v. Sherry-Combs*, 865 P.2d 50 (Wyo. 1993); *Lurie v. Lurie*, 370 A.2d 739 (1976).

⁶⁵ Labadie Jackson, *supra* n. 58; Silbaugh, *supra* n. 57, en las págs. 79-84; Servidea, *supra* n. 57, en las págs 537-38.

⁶⁶ Servidea, *supra* n. 57, en las págs. 537-38 .

⁶⁷ *Id.* Véase además Bix, *supra* n. 57, en la pág. 150.

⁶⁸ *Corcoran v. Corcoran*, 21 N.E. 468, 468 (Ind. 1889).

⁶⁹ *Isaacs v. Isaacs*, 99 N.W. 268, 270 (Neb. 1904).

de la relación marital;⁷⁰ los cónyuges acuerdan vivir en domicilios separados, suprimiendo la obligación de cohabitación.⁷¹ Otras cláusulas que también han sido declaradas nulas habitualmente son la preasignación de derechos de custodia y de relaciones paterno o materno filiales tras el divorcio.⁷²

B. Renuncia anticipada a la pensión alimenticia posdivorcio

Al igual que ocurría con los demás acuerdos prenupciales en ocasión del divorcio, originalmente los tribunales estadounidenses rehusaban ejecutar aquellos contratos mediante los cuales los cónyuges renunciaban anticipadamente a obtener una pensión alimenticia posdivorcio.⁷³ Dichos foros entendían que proveer alimentos al otro cónyuge era parte de los aspectos esenciales del matrimonio y que este tipo de renuncia incentivaba el divorcio.⁷⁴ Valga aclarar que, distinto al concepto de pensión compensatoria existente en el ordenamiento jurídico español, que como discutimos anteriormente tiene su fundamento en el desequilibrio patrimonial generado por el divorcio o la separación, la pensión posdivorcio cuya renuncia discutimos ahora tiene carácter primordialmente asistencial o alimenticio.

⁷⁰ *Youngberg v. Holstrom*, 108 N.W.2d 498, 502 (Iowa 1961).

⁷¹ *Vease e.g., Schibi v. Schibi*, 69 A.2d 831, 834 (Conn. 1949). Para un recuento de las instancias mencionadas, véase Servidea, *supra* n. 57, en las págs. 537-38; Labadie Jackson, *supra* n. 58; Silbaugh, *supra* n. 57, en la pág. 84.

⁷² Labadie Jackson, *supra* n. 57; Allison A. Marston, *Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements*, 49 Stan. L. Rev. 887 (1997).

⁷³ Homer H. Clark, Jr., *Antenuptial Contracts*, 50 U. Colo. L. Rev. 141, 148 (1979). En Estados Unidos, la obligación de sostener económicamente al cónyuge, incluso cuando el matrimonio se ha disuelto por divorcio, se conoce como *alimony*, *spousal support* o *spousal maintenance*. Labadie Jackson, *supra* n. 57; Jeffrey G. Sherman, *Prenuptial Agreements: A New Reason to Revive an Old Rule*, 53 Clev. St. L. Rev. 359 (2005).

⁷⁴ Silbaugh, *supra* n. 57, en las págs. 77-78; Clark, *supra* n. 70, en la pág. 148. Tal razonamiento tiene su raíz en el derecho común anglosajón en donde se consideraba tradicionalmente que el esposo era el “el cabeza de familia” y como tal, estaba obligado a procurar y a proveer el sustento económico de ésta. Labadie Jackson, *supra* n. 58; Laura P. Graham, *The Uniform Premarital Agreement Act and Modern Social Policy: The Enforceability of Premarital Agreements Regulating the Ongoing Marriage*, 28 Wake Forest L. Rev. 1037, 1041-1042 (1993). Igualmente, en el contexto de los divorcios por causales culposas, se visualizaba la imposición de la obligación alimenticia como un castigo al cónyuge culpable. Labadie Jackson, *supra* n. 58. Por otra parte, aunque no hay consenso en la doctrina en cuanto a todos los fundamentos doctrinales que dieron origen a la institución de la pensión alimenticia posdivorcio, se ha indicado que la misma tiene por objeto: proveer al cónyuge con menos recursos económicos la oportunidad de preservar, luego del divorcio, el estilo de vida que había disfrutado durante el matrimonio; servir de compensación por las contribuciones no monetarias en beneficio de la familia; que el cónyuge económicamente dependiente pueda rehabilitarse económicamente luego del divorcio, hasta tanto pueda procurar su sustento con medios propios; asignar equitativamente las pérdidas económicas que surgen como consecuencia de la disolución del matrimonio. Sherman, *supra* n. 73, en las págs. 371-72; Labadie Jackson, *supra* n. 58.

A pesar de la resistencia inicial, en la actualidad la mayoría de los tribunales estadounidenses autorizan la renuncia a la pensión alimenticia posdivorcio.⁷⁵ Aparte de lo anterior, son cada vez más los estados que adoptan legislación para reconocer su validez y regular su ejecución.⁷⁶ Dichas legislaciones siguen generalmente el patrón establecido por el estatuto modelo conocido como Ley Uniforme de Acuerdos Prematrimoniales (“Uniform Premarital Agreement Act”, en adelante UPAA).⁷⁷ La UPAA fue divulgada en 1983 por la Conferencia Nacional de Comisionados de Leyes Estatales Uniformes (“National Conference of Commissioners on Uniform State Laws”), precisamente con el propósito de que sirviera de modelo de legislación para todos los estados y de esa manera propender a la armonización de las normas estatales en esta área.⁷⁸

Esta evolución legislativa y jurisprudencial se ha atribuido principalmente a cambios sociales que con los años han debilitado los paradigmas sobre los cuales se asentaban las prohibiciones. Por ejemplo, en cuanto al argumento de que los acuerdos prenupciales incentivan el divorcio, se ha indicado que el mismo resulta poco sostenible en una sociedad en la cual las personas se divorcian más, con acuerdo o sin él.⁷⁹ Antes bien, frente al hecho de que los casos para disolver el vínculo matrimonial abarrotan las salas de los tribunales, reconocer la validez los acuerdos prenupciales en contemplación del divorcio resulta una conclusión pragmática.⁸⁰ Se ha indicado además que la desaparición paulatina de las causales de divorcio

⁷⁵ Sherman, *supra* n. 73, en la pág. 371; Silbaugh, *supra* n. 57, en la pág. 77. En contra de esta postura, véase *Howell v. Landry*, 386 S.E.2d 610 (N.C. App. 1989), en donde el Tribunal Supremo del Estado de Carolina del Norte asumió la postura de que los acuerdos de renuncia a la pensión alimenticia posdivorcio son contrarios al orden público. Sin embargo, debe observarse que el acuerdo examinado en ese caso fue suscrito con anterioridad a la adopción en dicho estado de una legislación autoriza expresamente dicha renuncia. Véase Judith T. Younger, *Perspectives on Antenuptial Agreements*, *supra* n. 54, en la pág. 15.

⁷⁶ Younger, *Perspectives on Antenuptial Agreements*, *supra* n. 54.

⁷⁷ Alrededor de veintiséis estados más el Distrito de Columbia han adoptado legislaciones en las que, siguiendo el patrón básico marcado por la UPAA, se decreta expresamente la validez de los acuerdos de renuncia a la pensión alimenticia posdivorcio, sujeto a una serie de requisitos. Anguita Villanueva, *supra* n. 21, en la pág. 287. En otros cuatro estados se está tramitando la aprobación de leyes con esas características. Véase http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upaa.asp (accedido el 19 de agosto de 2010).

⁷⁸ Anguita Villanueva, *supra* n. 21, en la pág. 287. Véase además Younger, *Lovers' Contracts*, *supra* n. 58, en la pág. 352; Egea Fernández, *supra* n. 4, en las págs. 4552-53. Más recientemente, en el año 2002, el Instituto de Derecho Americano (“American Law Institute”, en adelante ALI), publicó un tratado titulado *Principles of the Law of Family Dissolution*, en el cual, entre otras cosas, se establecen una serie de guías y requisitos dirigidos a evaluar la validez de los acuerdos prematrimoniales. Anguita Villanueva, *supra* n. 21, en la pág. 294. En concordancia con lo indicado por todos estos desarrollados, en Estados Unidos se ha afirmado que “actualmente los acuerdos prenupciales enfocados en el divorcio relativos a la división de propiedad y a pensiones de excónyuge son... ejecutables en casi cualquier estado”. Bix, *supra* n. 57, en la pág. 158 (traducción suplida).

⁷⁹ Silbaugh, *supra* n. 57, a la pág. 73. Véase además casos citados *supra* n. 60.

⁸⁰ Véase Silbaugh, *supra* n. 57, en la pág. 73.

de carácter culposo también ha contribuido a que se le reconozca validez a los acuerdos prenupciales.⁸¹ Esto es especialmente cierto en los pactos de renuncia a pensión alimenticia posdivorcio. Bajo el sistema de divorcio con culpa la pensión alimenticia se concebía como una compensación económica a favor del cónyuge inocente. Una vez se suprimió este sistema desapareció uno de los fundamentos que justificaba la concesión de pensiones alimenticias posdivorcio.⁸²

Ahora bien, la relativa acogida que este tipo de acuerdo está teniendo en la actualidad, en contraste con el repudio absoluto del que fue objeto en otro tiempo, no significa que se autorice su ejecución de modo automático, o en los mismos términos que otro tipo de contratos.⁸³ Por el contrario, antes de autorizar la ejecución de éstos, los tribunales, aparte de constatar que cumplen con los requisitos generales de validez aplicables a todo tipo de contrato, examinan estrictamente tanto su contenido sustantivo como el procedimiento mediante el cual fueron otorgados.⁸⁴ Los criterios utilizados para realizar este escrutinio, los cuales han sido diseñados especialmente para examinar los acuerdos prenupciales, van dirigidos a constatar que los mismos cumplan con unos niveles mínimos de *justicia procesal* y *sustantiva*.⁸⁵

La sujeción de la validez de los acuerdos prenupciales a reglas adicionales y más estrictas que las aplicables a los demás contratos, se ha justificado con vistas a las circunstancias particulares en que tienen su génesis los acuerdos prenupciales en contemplación del divorcio. Entre otras cosas, se ha indicado que la relación personal y de confianza mutua que tienen los futuros cónyuges al momento de contraer matrimonio, sumado al hecho de que usualmente una de las partes contratantes resulta ser más fuerte que la otra, hace necesario adoptar requisitos más estrictos para comprobar la voluntariedad de lo pactado.⁸⁶

Otra característica peculiar a los acuerdos prenupciales en contemplación del divorcio a tener en cuenta es que son pactos realizados para que tengan efecto en un tiempo futuro y en la eventualidad de que se produzca una situación hipotética: la crisis o la disolución de una convivencia matrimonial que, al momento de realizado el acuerdo, todavía no ha comenzado. Esta combinación de un pacto cuya ejecución mira al futuro, pero estando sujeta a elementos y situaciones que por definición van a ser variables, hace que en este tipo de acuerdo, más que en contratos ordinarios, sean muy altas las probabilidades de que hayan cambios que hagan indeseable,

⁸¹ Labadie, *supra* n. 58; Silbaugh, *supra* n. 57, en la pág. 73. Véase además e.g. *Newman v. Newman*, 653 P.2d 728, 731-32 (Colo. 1982).

⁸² Labadie Jackson, *supra* n. 58; Sherman, *supra* n. 73, en la pág. 371.

⁸³ Silbaugh, *supra* n. 57, en la pág. 74; Younger, *Perspectives on Antenuptial Agreements*, *supra* n. 51, en las págs. 4-8.

⁸⁴ Silbaugh, *supra* n. 57, en la pág. 74; Younger, *Perspectives on Antenuptial Agreements*, *supra* n. 54, en las págs. 4-8. Véase además *Servidea*, *supra* n. 57, en las págs. 540-41.

⁸⁵ Labadie Jackson, *supra* n. 58; Marston, *supra* n. 72, en la pág. 898.

⁸⁶ Younger, *Perspectives on Antenuptial Agreements*, *supra* n. 54, en las págs. 18-20.

excesivamente onerosa o injusta la aplicación estricta de lo pactado.⁸⁷ La aplicación de requisitos especiales de revisión también se ha justificado, especialmente en casos donde ha mediado la renuncia a una pensión alimenticia posdivorcio, por el fundamento de que el Estado tiene un interés legítimo en asegurarse de que sus ciudadanos cuenten con medios de subsistencia.⁸⁸

Con respecto a las salvaguardas procesales, la mayoría de los estados requieren la concurrencia de los siguientes requisitos: que los futuros cónyuges se hayan provisto mutuamente información completa sobre sus respectivas finanzas y activos;⁸⁹ que cada una de las partes haya tenido asesoría legal separada e independiente;⁹⁰ que las partes hayan sido informadas de los derechos a que están renunciando al no optar por el régimen jurídico supletorio;⁹¹ y que las partes hayan tenido tiempo suficiente con antelación al momento de la boda para revisar el acuerdo.⁹²

⁸⁷ *Id.* en la pág. 5.

⁸⁸ Barbara Ann Atwood, *Ten Years Later: Lingering Concerns About the Uniform Premarital Agreement Act*, 19 J. Legis. 127, 140 (1993). Comparése la justificación mencionada para los criterios especiales de revisión con la establecida por Egea Fernández, *supra* n. 4, en las págs. 4556-57, 4560.

⁸⁹ Véase e.g. *Norris v. Norris*, 419 A.2d 982, 985 (D.C. 1980); *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162, 166-67 (Pa. 1990); *Button v. Button*, 388 N.W.2d 546, 550 (Wis. 1986).

⁹⁰ Véase e.g. *Friedlander v. Friedlander*, 494 P.2d 208, 214 (Wash. 1972); *In re Marriage of Foran*, 834 P.2d 1081, 1088-89 (Wash. Ct. App. 1992); *Gant v. Gant*, 329 S.E.2d 106, 116 (W. Va. 1985). Véase además Egea Fernández, *supra* no. 4, en las págs. 4552-54.

⁹¹ Véase e.g. *Orgler v. Orgler*, 568 A.2d 67, 70 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1989); *Button v. Button*, 388 N.W.2d 546, 551 (Wis. 1986).

⁹² *In re Marriage of Matson*, 730 P.2d 668, 672-73 (Wash. 1986); Silbaugh, *supra* n. 57, en la pág. 74. Véase el artículo 6 de la UPAA, que como indicamos es el modelo que han seguido la mayoría de los estados, en donde se establecen una serie de circunstancias que, de ser establecidas por la parte que se opone a la ejecución de un acuerdo prematrimonial, invalidarían su implementación:

Artículo 6. Eficacia.

(a) Un acuerdo no es eficaz si la parte contra la que se esgrime la ejecución demuestra que:

- (1) la parte no realizó el acuerdo voluntariamente; o
- (2) el acuerdo fue leonino y, antes de la ejecución del acuerdo, aquella parte:
 - (i) no recibió justa y razonable información del patrimonio y obligaciones de la otra parte;
 - (ii) no lo hizo voluntariamente y con renuncia expresa, por escrito, a cualquier derecho a divulgar el patrimonio o las obligaciones financieras de la otra parte más allá de la información proporcionada;
 - (iii) no tenía, o razonablemente no podía haber tenido, un conocimiento adecuado del patrimonio y las obligaciones financieras de la otra parte.

(b) Si una cláusula del acuerdo prematrimonial modifica o elimina la pensión compensatoria de los cónyuges y esta modificación o eliminación causa a una parte del acuerdo un perjuicio tal que le haría estar incurso en las condiciones para ser beneficiario de una ayuda dentro de un programa de asistencia pública al tiempo de la separación o disolución matrimonial, un tribunal, con independencia de los términos del acuerdo, puede requerir a la otra parte a proveer del sustento necesario para evitar que dicha parte se encuentre en estas condiciones.

Por otra parte, en lo que respecta a la revisión de la justeza de los aspectos sustantivos de los acuerdos prenupciales, diversos estados han establecido específicamente que para poder examinar si una disposición que altere o elimine el derecho a pensión alimenticia posdivorcio es sustantivamente justa, es preciso examinar las circunstancias reinantes al momento del divorcio, independientemente de cuáles hayan sido las existentes al momento del otorgamiento del contrato.⁹³ Así, muchos ordenamientos presentan como denominador común la norma de que la ocurrencia de cambios sustanciales en la situación económica de las partes constituye fundamento suficiente para declarar inoperante una disposición relativa a la pensión alimenticia posdivorcio.⁹⁴ Un ejemplo de esto es el Estado de Indiana donde se ha establecido que si al momento del divorcio la renuncia o la modificación causan al renunciante un perjuicio indebido o fuera excesivamente onerosa, (“undue or extreme hardship” en el original), atendiendo a circunstancias que no fueran razonablemente previsibles al momento de suscribirse el acuerdo, el Tribunal puede ordenar que se provea la pensión.⁹⁵

Coincidentemente, en la UPAA se establece que un acuerdo prenupcial, mediante el cual una de las partes hubiera renunciado o modificado su derecho a una pensión alimenticia posdivorcio, no será ejecutable si al momento del divorcio la ejecución de dicho acuerdo causaría que la parte renunciante fuera elegible para la beneficencia pública.⁹⁶ En el Derecho de Familia estadounidense este esquema de análisis se conoce como “Second Look Doctrine”, puesto que compara las circunstancias pre-valecientes al momento de perfección del contrato y al momento de su consumación para determinar si la puesta en vigor provocaría una injusticia sustancial.⁹⁷

(c) Un asunto de cláusula leonina en un acuerdo prematrimonial deberá ser decidido por el tribunal como una cuestión de derecho.

Unif. Premarital Agreement Act § 6 (según reproducido y traducido en Anguita Villanueva, *supra* n. 21, en la pág. 294) (énfasis suplido). Véase además American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution* §§ 7.04-7.05 (2002); Anguita Villanueva, *supra* n. 21, en las págs. 296-97.

⁹³ Labadie Jackson, *supra* n. 58; Atwood, *supra* n. 88, en la pág. 139. Véase además Unif. Premarital Agreement Act § 6(b); *Principles of the Law of Family Dissolution* § 7.05; Anguita Villanueva, *supra* n. 21, en las págs. 296-97.

⁹⁴ Labadie Jackson, *supra* n. 58; Atwood, *supra* n. 88, en la pág. 140.

⁹⁵ Egea Fernández, *supra* n. 4, en las págs. 4553 n.6.

⁹⁶ Unif. Premarital Agreement Act § 6(b). En esa eventualidad, el Juez podría imponer a la otra parte la obligación de proveer alimentos a la parte renunciante en la medida que fuera necesario para que ésta deje de ser elegible para la beneficencia pública. *Id.*

⁹⁷ Anguita Villanueva, *supra* n. 21, en las págs. 291 n.44, 297. El esquema de análisis descrito se asemeja al de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. *Id.* en la pág. 291 n.44. En el Derecho Civil español los asuntos relativos a la excesiva onerosidad sobrevenida de las prestaciones se examinan generalmente bajo dicha doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y en menor medida bajo la teoría de la base del negocio jurídico, entre otras. Véase Luz M. Martínez Velencoso, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales 76 (Thomson Civitas 2003). Coincidentemente, desde hace varios años algunos tribunales en España vienen utilizando la teoría de la alteración de la base del negocio jurídico y otras análogas para justificar la inaplicación de pactos realizados entre los esposos. Aguilar Ruiz & Hornero Méndez, *supra* n. 42, en la pág. 39; Rebolledo Varela, *supra* n. 53, en la pág. 751.

Como puede colegirse de lo anterior, en el Derecho de Familia estadounidense actual la postura dominante es la de considerar la renuncia a la pensión alimenticia posdivorcio como un pacto ejecutable. Sin embargo, tal ámbito de acción de la autonomía privada sigue estando fuertemente custodiado por el Estado mediante la exigencia del cumplimiento de diversas condiciones que gobiernan la validez de dichos acuerdos desde el momento de su perfección hasta el momento de su consumación.