

**Manuel GARCÍA MAYO, *Pactos prematrimoniales.*  
*En previsión de crisis matrimonial\****

Vincenzo Barba

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Roma "La Sapienza"

1. La crisis en la relación familiar, que suele ser fuente de conflictos entre los cónyuges, con posibles repercusiones negativas también para los hijos y las hijas, podría afrontarse y resolverse de forma muy distinta si la pareja hubiera realizado un pacto en previsión de crisis familiar.

Como es sabido, el Código civil español, a diferencia del catalán, no prevé la regulación de esta figura, que, no por ello, debe considerarse prohibida. Por el contrario, el Tribunal Supremo, con importantes sentencias de 2015 y 2018, en las que no es difícil advertir la influencia que, en cierta medida, ha tenido el derecho catalán, ha admitido, en esencia, la validez de esta figura.

El Tribunal Supremo, haciendo una opción exactamente antitética a la de la jurisprudencia italiana, a pesar de la presencia de un sistema normativo axiológicamente similar, refuta, uno a uno, todos los argumentos que se habían utilizado para negar la admisibilidad de los pactos en previsión de ruptura familiar.

En primer lugar, debe excluirse que exista una presunción de renuncia a la ley o a un derecho futuro, porque "lo acordado por las partes no tiene su fundamento en la necesidad de alguno de ellos, ni en el desequilibrio posterior a la crisis del matrimonio".

En segundo lugar, hay que excluir que tales pactos sean contrarios a las leyes o a la moral o al orden público, porque los cónyuges "se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal, lo cual ya tiene cabida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y con un refrendo normativo en los arts. 1323 y 1325 CC".

\* GARCÍA MAYO, Manuel: *Pactos prematrimoniales. En previsión de crisis matrimonial*, Bosch, Las Rozas (Madrid), 2023, 280 pp., ISBN 978-84-9090-693-4.

En tercer lugar, el pacto no está sujeto a la arbitrariedad de uno de los cónyuges, porque parece haber sido negociado entre las partes y no presupone ningún fomento de la crisis familiar, pues ninguno de los cónyuges estaba en una situación económicamente difícil.

En cuarto lugar, no vulneran el principio de igualdad entre los cónyuges, ya que no perjudican a ninguno de ellos y ninguno se encuentra en situación de abuso de posición dominante. "Es más, la insuficiencia de medios podría atentar contra el orden público al implicar la necesaria intervención del erario público, lo que queda descartado, en este caso, por la holgura de recursos de ambos".

Por último, en caso de que las circunstancias cambien por razones imprevisibles y extraordinarias y el pacto resulte al momento de su ejecución excesivamente oneroso, siempre queda la posibilidad de aplicar la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus.

El hecho de que, según el Tribunal Supremo, los pactos en previsión de crisis matrimoniales sean legítimos y, por tanto, puedan ser libremente celebrados por los cónyuges, no sólo no resuelve las dificultades, sino que, por el contrario, constituye la premisa de numerosos y difíciles problemas interpretativos. Entre otros: cuál es la naturaleza jurídica de estos pactos; cuáles son los requisitos y, por tanto, el consentimiento, el objeto, la causa y la forma; cuáles son los límites de la autonomía negocial; qué ocurre si cambian las circunstancias; en fin, cuál es su contenido y si pueden celebrarse también por una pareja de hecho o sólo por un matrimonio.

El libro de Manuel García Mayo nace para dar respuesta a estos problemas y, por tanto, para sistematizar la regulación de los pactos admitidos, pero no regulados.

Sería un mérito extraordinario sólo identificar las complejas cuestiones que plantean estos pactos, lo que puntualmente se hace en el libro. Pero el mérito es aún mayor porque su autor guía al lector por este difícil camino, ordenando los problemas según la teoría clásica y proponiendo soluciones reconstructivas, la mayoría de ellas compatibles.

El libro se divide en cuatro partes, en cada una de las cuales se analizan por temas los principales problemas que plantean estos negocios: concepto y naturaleza; requisitos; límites de la autonomía negocial; ineficacia sobrevenida.

El libro concluye con un interesante anexo, en el que Manuel García Mayo, a partir de las soluciones ofrecidas en las 249 densas páginas del libro, propone 4 modelos de pactos en previsión de una ruptura familiar.

2. En la primera parte del libro, Manuel García Mayo analiza el concepto y la naturaleza de los pactos.

Elegir el título de un libro es siempre una tarea difícil. El título debe ser cautivador, para intrigar al lector e incitarle a leerlo, pero también ilustrativo, aunque sólo sea para resumir su contenido real.

En el caso que nos ocupa, el primer resultado se consigue sin duda, mientras que el segundo sólo parcialmente, porque la elección seductora sacrifica la extensión de su verdadero contenido.

El libro utiliza como título “pactos prematrimoniales” y sólo como subtítulo “en previsión de crisis matrimoniales”. Todo ello parece indicar que el libro está destinado a tratar de los acuerdos celebrados por los cónyuges antes del matrimonio y en previsión de la crisis matrimonial.

La lectura de la primera parte, sin embargo, hace consciente al lector de que el objeto de la monografía es mucho más amplio, pues, con independencia del momento en que se celebren, pretende analizar la figura de todos aquellos acuerdos celebrados por una pareja antes del inicio de la crisis y con la finalidad de regular las relaciones personales y patrimoniales para después de la ruptura familiar.

Ello demuestra que la expresión “pactos prematrimoniales” no capta el fenómeno en su totalidad, pues Manuel García Mayo analiza “los pactos en previsión de una crisis familiar, a través de los cuales se anticipan las consecuencias, tanto personales como patrimoniales, de una eventual separación o divorcio” (p. 17).

Más aún si tenemos en cuenta que el autor, aunque con ciertas matizaciones, y atendiendo a la orientación del Tribunal Constitucional que ha insistido sobre la profunda diferencia entre matrimonio y pareja de hecho, admite que determinados “pactos prematrimoniales”, especialmente si se refieren a aspectos patrimoniales, puedan ser también válidamente celebrados por una pareja de hecho.

Una vez definido el concepto y aclarado que el pacto en previsión de una crisis familiar es considerado admisible por la jurisprudencia española, lo que, como he dicho en el párrafo anterior, supera todos los argumentos en contra de su admisibilidad, se inicia una investigación sobre su naturaleza.

Las líneas de injerencia se trazan tanto con las capitulaciones matrimoniales como con el convenio regulador, ya que ambas instituciones, aunque por aspectos distintos, pueden interferir en este tipo de acuerdos.

Las capitulaciones matrimoniales, por su similitud con los pactos en previsión de crisis familiar, tienen carácter preventivo, ya que son negocios de derecho de familia en los que, como aclara el artículo 1325 CC, “los otorgantes estipulen, modifiquen o sustituyan el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”.

El convenio regulador, al igual que el pacto en previsión de la ruptura familiar, tiene la función de definir la relación entre los miembros de la pareja una vez producida la ruptura.

El pacto en previsión de ruptura familiar tiene, por tanto, autonomía tanto respecto del uno como del otro. Comparte con las capitulaciones matrimoniales la función de dictar una norma reguladora de situaciones futuras; comparte con el convenio regulador el contenido sustancial, pues ambos sirven para definir las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges tras la ruptura familiar.

A partir de estos argumentos, la conclusión, casi como corolario necesario, es la autonomía de los pactos en previsión de ruptura familiar, que son negocios familiares atípicos, o, más exactamente, negocios mixtos, que toman, por lo tanto, parte de la regulación del convenio regulador y parte de la regulación de las capitulaciones matrimoniales.

No cabe duda de que el concepto de contrato atípico preocupa al jurista porque le expone a la difícil tarea de tener que reconstruir la regulación, como tampoco cabe duda de que la teoría del contrato mixto, que no deja de ser un contrato atípico, nació y sirve para dar respuesta al problema de identificar la regulación aplicable. Se dice, pues, que, si el contrato es mixto, porque tiene aspectos de varios contratos, deben aplicarse las normas dictadas para los contratos cuyos tipos se mezclan en el contrato mixto. Aunque soy consciente de la solidez de esta reconstrucción conceptual, sólo me pregunto si la teoría del contrato mixto puede realmente ayudar o si no es preferible limitarse a trabajar por analogía.

Yo prefiero esta segunda opción, porque la idea de estar frente a un contrato “atípico” y luego afirmar que es la combinación de varios contratos típicos implica, en definitiva, la relegación dentro de modelos que podrían sacrificar los intereses concretamente realizados por las partes. Por ello prefiero pensar, aunque suponga un mayor esfuerzo, que el contrato atípico requiere un trabajo mucho más complejo que el que resulta de la adhesión a la teoría del contrato mixto y, por tanto, la necesidad de experimentar a través de la analogía la regulación concreta a aplicar al caso concreto.

No cabe duda de que, en el pacto en previsión de ruptura familiar, parte de la regulación puede tomarse, por analogía, tanto del convenio regulador como de las capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, no creo que la investigación deba detenerse aquí y que puede y debe ensayarse la posibilidad de aplicar también normas dictadas para otros contratos típicos, si son adecuadas, razonables y proporcionadas a los intereses en juego.

Con esto sólo quiero decir que, desde mi punto de vista, la teoría del contrato mixto, en cuanto implica la idea de que deben aplicarse a ese contrato las normas de los dos contratos típicos que se “mezclan”, no me convence y que me inclino a pensar que

siempre es preferible no encerrarse en dos o más modelos, sino tener siempre la libertad y la posibilidad de aplicar al contrato las normas que, en relación con los concretos intereses deseados y realizados por las partes, sean razonables y proporcionadas. Es más, creo que este es el camino seguido por Manuel García Mayo, que, aunque dice que los “acuerdos prematrimoniales” pueden considerarse contratos mixtos, en las páginas de su libro no escatima en encontrar las normas que más adecuadamente satisfacen los intereses de las partes, sin limitarse necesariamente al estatuto normativo del convenio regulador y de las capitulaciones matrimoniales.

3. La segunda parte del libro está íntegramente dedicada a los requisitos de los pactos prematrimoniales, con especial referencia al consentimiento, al objeto, a la causa y a la forma.

En esta parte del libro, Manuel García Mayo ordena los problemas de estructura de los pactos según el enfoque clásico, proponiendo soluciones que pueden ayudar a la hora de celebrar estos acuerdos.

En cuanto al requisito del consentimiento, se analizan tres aspectos principales: quiénes pueden ser las partes del pacto, es decir, si también puede celebrarlo una pareja de hecho; qué capacidad se exige a las partes; y qué mecanismos son adecuados para garantizar que el consentimiento prestado es libre, espontáneo e íntegro.

Sobre el primer aspecto, ya he anticipado la opinión del autor, que mantiene la idea de que existe una profunda diferencia entre un matrimonio y una pareja de hecho y, por ello, afirma, adhiriéndose a la doctrina del Tribunal Constitucional, que no es posible la equivalencia. Ello no excluye, sin embargo, que una pareja de hecho pueda celebrar un pacto en previsión de crisis familiar. Según el autor, que examina, aunque de pasada, la compleja legislación dictada en las numerosas comunidades que han regulado el fenómeno, la pareja de hecho puede regular los aspectos patrimoniales, mientras que no podría regular los aspectos personales. Esto parece derivarse de la circunstancia de que en el caso de las parejas de hecho no sería posible contemplar un régimen personal análogo al del matrimonio, que de la ausencia de una potestad de las partes.

Admitida la posibilidad, aunque limitada, de regular aspectos patrimoniales, Manuel García Mayo precisa, en todo caso, que tales pactos no pueden en ningún caso ser oponibles a terceros de buena fe, ya que no es posible la inscripción de estos pactos en el Registro civil, sino sólo en el Registro de parejas de hecho, que es un registro puramente administrativo y, por tanto, no produce los efectos de oponibilidad establecidos por la LH.

Estando de acuerdo con el riguroso razonamiento del autor, me pregunto si no sería posible, aunque con una eficacia puramente interna, reconocer a las parejas de hecho también la facultad de celebrar pactos en previsión de la crisis familiar de carácter personal, similares a los que pueden celebrar las parejas casadas. La circunstancia de que las relaciones personales derivadas del matrimonio ciertamente no puedan derivar o descender de la mera convivencia no excluye, a mi juicio, que, dentro de los límites establecidos por el artículo 1255 CC, los miembros de una pareja de hecho puedan querer regular sus relaciones personales para el tiempo posterior a una futura y posible crisis familiar.

En primer lugar, no creo que pueda excluirse, dado que la formalidad del matrimonio es a este respecto irrelevante, la posibilidad de celebrar acuerdos relativos a las relaciones personales entre la pareja y los hijos comunes. En el caso de que los hijos sean menores de edad, no creo que pueda considerarse irrelevante un pacto en previsión de la crisis que regule, de acuerdo con su interés superior, las relaciones personales con sus padres.

Desde otro punto de vista, si bien es cierto que atribuir a la pareja de hecho la facultad de regular sus relaciones personales derivadas de la convivencia podría dar lugar a un "matrimonio a la carta", no creo que exista tal riesgo a la hora de reconocer, con independencia de la posibilidad de crear estas obligaciones y deberes, el poder de regular sus relaciones personales para el tiempo posterior a la crisis. Me parece, por tanto, que al analizar la facultad de regular las relaciones personales para el tiempo posterior a la crisis, es preferible atribuir a la pareja de hecho también esa facultad.

El análisis del requisito del consentimiento se cierra, pues, con el examen de la capacidad para celebrar contratos y de los instrumentos que pueden manifestar el libre consentimiento.

En cuanto a la capacidad propiamente dicha, Manuel García Mayo señala, como es obvio, que las personas que tienen capacidad para contraer matrimonio pueden celebrar tales pactos. Por ello, dedica interesantes páginas al tema del menor emancipado, examinando si, y cuándo, para determinados actos, como los de enajenación o con los que se gravan bienes inmuebles, pueden ser necesarios los correspondientes complementos de capacidad.

Puede sorprender que no haya páginas dedicadas a las personas con discapacidad. Sin embargo, la ausencia no es sorprendente y creo que es perfectamente coherente con la nueva normativa introducida por la Ley 8/2021. De acuerdo con el nuevo planteamiento de la CDPD y la consiguiente reforma, una persona con discapacidad no sólo tiene la misma capacidad que las demás en igualdad de condiciones, sino que no cabe admitir limitaciones al ejercicio de la capacidad.

Partiendo de este supuesto, parece coherente que no se reflexione sobre las personas con discapacidad, ya que la discapacidad no excluye, en general, la capacidad de las personas, que pueden, por tanto, aunque con los apoyos necesarios, contraer matrimonio y celebrar pactos en previsión de crisis familiares. No se trata, por tanto, a mi juicio, de una laguna, sino de una precisa elección de método, con la que Manuel García Mayo deja claro que ya no tiene sentido cuestionar la capacidad de las personas con discapacidad, que pueden celebrar válidamente, eventualmente con los apoyos que precisen, cualquier pacto en previsión de crisis familiar.

Quizá hubiera merecido la pena especificar si el asesoramiento del notario puede considerarse un apoyo necesario y suficiente, aunque creo que no puede darse una respuesta inequívoca y que es necesario hacer una valoración del caso concreto, si bien es indiscutible que el notario, incluso tal y como lo prevé la ley del notariado, juega un papel muy importante en el apoyo a las personas con discapacidad. Por otra parte, aunque se trata de supuestos residuales y excepcionales, quizá convendría precisar, en la hipótesis en que se ordene una curatela, cuál es la función del titular del apoyo y, por tanto, si el consentimiento de la persona con discapacidad es, como creo, necesario y suficiente para la válida celebración del acuerdo.

Por último, García Mayo llama la atención sobre las medidas que pueden garantizar la libertad de consentimiento. Tras recordar que la regulación de los vicios de la voluntad juega un papel importante, partiendo de la regulación existente en los países del common law y de la regulación contenida en el Código civil catalán, precisa que el consentimiento informado podría facilitarse con las siguientes medidas: a) asesoramiento legal independiente, que podría delegarse en la figura del notario; b) suministro a cada parte de información suficiente sobre patrimonio y perspectivas de ingresos. Son medidas que considero útiles y sobre cuya utilidad estoy de acuerdo. También comparto la idea de que puede ser útil prever que se puedan celebrar estos pactos en un plazo no superior a un año antes y no inferior a un mes antes del matrimonio. Sin embargo, excluiría que el incumplimiento de estos plazos suponga nulidad (como prevé el art. 231-20.1 CCCat) y que sólo sirva para establecer una presunción.

Los requisitos del objeto y de la causa pacto brindan la oportunidad de reflexionar sobre dos cuestiones centrales inherentes a la propia admisibilidad de los pactos prematrimoniales: si objeto del pacto son derechos futuros y si la función del pacto puede afectar o limitar la libertad matrimonial.

Sobre las dos cuestiones en concreto no voy a entrar porque no puedo aportar mucho más de lo que Manuel García Mayo ha escrito en las páginas dedicadas a estos dos aspectos. A través de un estrecho diálogo con la mejor doctrina académica y

jurisprudencial, el autor aclara que los pactos en previsión de crisis familiar, por un lado, no implican la disposición de un derecho futuro o, más exactamente, de un derecho futuro que la ley no permite disponer y, por otro, que la celebración de tal pacto no implica limitación alguna de la libertad matrimonial. Esta conclusión se confronta, además, con la jurisprudencia italiana, que García Mayo demuestra conocer muy bien. A pesar de contar con un sistema legislativo muy similar al español, la jurisprudencia italiana ha llegado a una conclusión opuesta y ha afirmado esencialmente la ilegitimidad de tales pactos por entrar en conflicto con los principios de indisponibilidad del estado civil y de indisponibilidad de los derechos en materia matrimonial.

Más allá de las soluciones concretas relativas a los pactos prematrimoniales, que son plenamente aceptables, en estas páginas se pone de manifiesto un enfoque teórico del contrato de gran interés. Coincido plenamente con el autor cuando señala que el objeto del contrato no puede ser la cosa o el bien, sino que debe ser el contenido del contrato, del mismo modo que estoy de acuerdo en que la causa debe considerarse la función del contrato. Más bien habría que cuestionar la utilidad actual del concepto de causa del contrato y, por tanto, si este concepto, en un ordenamiento jurídico moderno, debe seguir considerándose necesario o puede prescindirse de él. Esta es, por ejemplo, la opción elegida tanto por las codificaciones europeas de soft law como por la reciente Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos. Propuesta que comparto, en la clara conciencia, muchas veces difícil de interiorizar, de que la eliminación de la causa no significa no ejercer el control sobre la autonomía privada, sino seguir ejerciéndola sin necesidad de este concepto. La regla del artículo 1255 CC, que constituye el fundamento mismo de la autonomía, es por sí misma suficiente para ejercer ese control, sin necesidad de recurrir al concepto de causa, que podría ser superado, manteniendo únicamente el de causa de la atribución patrimonial.

Desde otro punto de vista, me parece de gran interés que Manuel García Mayo considere que un principio fundamental como el de la libertad matrimonial es aplicable también en las relaciones entre particulares. Tras dar cuenta de las fuentes convencionales y constitucionales que consagran ese principio, el autor no duda, ni por un momento, a través de la utilización del concepto de causa del contrato, de que puede aplicarse en las relaciones horizontales, es decir, en las relaciones entre particulares. El autor, salvo que haya tergiversado las páginas dedicadas al tema de la causa, considera el principio fundamental directamente aplicable sin la necesaria mediación de una norma de aplicación o de una cláusula general.

En referencia al requisito de forma, Manuel García Mayo afirma que los pactos en previsión de una ruptura familiar no están sujetos a requisito de forma escrita, salvo que produzcan alguno de los efectos previstos en el artículo 1278 CC, o se contengan en capitulaciones matrimoniales. También sostiene que los pactos están sujetos al régimen



de publicidad del Registro de la Propiedad si producen un efecto real sobre bienes inmuebles, mientras que no están sujetos a la publicidad del Registro Civil salvo que afecten al régimen jurídico patrimonial de los cónyuges.

Más allá de estas consideraciones de iure condito, Manuel García Mayo insiste en la importancia de la intervención de la figura del notario, en el sentido de que, desde una perspectiva de iure condendo, es preferible establecer que deban realizarse siempre mediante documento notarial. Tanto porque el notario puede asegurar que ambas partes expresan su consentimiento informado, realizando esa actividad de asesoramiento, como porque el notario puede ejercer una función de control del ejercicio de la autonomía privada. En este sentido, se considera acertada la opción adoptada en Cataluña y es de esperar que pueda adoptarse una opción similar en cualquier propuesta de reforma del Código civil para admitir expresamente este tipo de pactos.

4. La tercera parte del libro, sin duda la más densa, está dedicada a los límites de la autonomía de la voluntad, que se agrupan en tres grandes clases: a) leyes, moral y orden público; b) libertad de los cónyuges; c) igualdad entre los cónyuges. En ella se mezclan armoniosamente cuestiones de teoría general del contrato con cuestiones de carácter aplicativo, que resultan de extraordinario interés tanto para el teórico que quiere entender la difícil relación entre autonomía y heteronomía, como para el práctico que quiere comprender hasta dónde pueden llegar las partes en la regulación de sus relaciones personales y patrimoniales para el tiempo posterior a la crisis. En esta delicada relación entre libertad y subordinación, una guía la ofrece ciertamente el contenido del artículo 90 CC, que, al establecer cuál debe ser el contenido del convenio regulador, marca, en buena medida, el contenido de los pactos ante la crisis matrimonial.

La primera clase de limitaciones es la general, recogida en el art. 1255 CC, que exige que la autonomía negocial se desarrolle de acuerdo con las leyes, el orden público y las buenas costumbres. La referencia a las leyes, aunque genérica, sólo puede referirse a normas imperativas, es decir, aquellas normas que no admiten ser derogadas por la autonomía privada. Un contrato cuyo contenido difiere de una norma dispositiva, es decir, de una norma que admite derogación, o de una norma supletoria, es decir, de una norma que sólo se aplica en ausencia de voluntad contraria, tampoco puede decirse que sea contrario a la ley. Esto significa inevitablemente que una contrariedad sólo puede producirse en presencia de una norma imperativa, es decir, una norma que, como única forma de expresar un principio, no admite una forma de aplicación diferente. Más compleja, sin embargo, es la definición de moral y orden público. Se trata de cláusulas generales, para la determinación de cuyo contenido es necesario, por tanto, acudir, aunque sea dentro de los límites del ordenamiento jurídico, a otro sistema de valoración. La moral se refiere a las convicciones éticas generalizadas de una sociedad, de modo que

el autor considera inmoral un pacto en previsión de una crisis familiar en virtud del cual se acuerda “un mínimo de veces en las que la pareja debería tener relaciones sexuales a la semana”.

El ejemplo es acertado, pero no resuelve todos los problemas, ya que, por ejemplo, no estoy seguro de que no sea válido un pacto por el que la pareja decide, v.g., que ambos miembros de la pareja pueden mantener relaciones sexuales con extraños (el pacto de pareja abierta). Si partimos de la idea de que la obligación de fidelidad implica la obligación de los miembros al respeto mutuo y que no se resuelve en absoluto en la sola fidelidad sexual, no creo que pueda decirse que tal pacto sea inmoral y que no sea válido.

El orden público interno, por su parte, se refiere al conjunto de principios fundamentales del ordenamiento jurídico y a los principios derivados de las normas que regulan las instituciones jurídicas fundamentales. Es lo que se conoce como orden público interno, que es, por definición, más amplio que el orden público internacional, que, al ser un instrumento de control de la compatibilidad de una ley o de un acto extranjero, se refiere únicamente a los principios fundamentales e identificadores de un determinado ordenamiento jurídico.

Establecidas estas coordenadas fundamentales de la teoría general del contrato, Manuel García Mayo aborda las cuestiones más delicadas con el fin de verificar el espacio de autonomía privada familiar respecto de: a) el régimen económico de la familia; b) la patria potestad; c) el uso de la vivienda familiar; d) la pensión compensatoria.

Asumiendo que en materia de régimen económico de la familia existe, inevitablemente, una amplia autonomía y que la principal limitación se refiere a la igualdad entre los cónyuges, las páginas más interesantes son las dedicadas, por un lado, a la patria potestad y, por otro, al uso de la vivienda familiar y a la pensión compensatoria.

En el tema de la patria potestad, partiendo de la base de que el pacto puede afectar a las relaciones con los hijos menores de edad, ya que en el caso de los mayores no existiría un verdadero problema de guarda y custodia, no cabe duda de que la limitación más relevante es la del interés superior del menor. Cualquier decisión relativa a la guarda y custodia, al régimen de visitas con el progenitor que no conviva habitualmente con los hijos y a las obligaciones de manutención debe responder siempre al interés superior de la persona menor de edad.

Aunque soy consciente de que una parte importante de la doctrina niega que los pactos en previsión de crisis familiar deban someterse a control judicial de legalidad, incluso cuando afecten a hijos menores de edad, comparto la postura de Manuel García Mayo, quien, por el contrario, asume dicho control como necesario.

Por otra parte, cabe señalar que el control de la autoridad judicial es, en todo caso, necesario tanto en el supuesto de que ambos cónyuges deseen cumplir el pacto como en el de que uno de ellos se niegue a cumplirlo voluntariamente. En el primer caso, porque el contenido del pacto salpica inevitablemente al convenio regulador y en el segundo porque su ejecución debe ser solicitada a la autoridad judicial. Aunque descartáramos la necesidad del control judicial, éste debe existir inevitablemente. Además, añadiría que dicho control no sólo es necesario porque permite verificar la correspondencia de las medidas concretamente adoptadas con el mayor bienestar de las personas menores de edad, lo que constituye un principio fundamental del ordenamiento jurídico, sino también porque no estamos ante acuerdos que afecten a las relaciones puramente personales entre las partes, sino ante acuerdos que afectan a terceros.

En referencia a la vivienda familiar y a la pensión compensatoria, la solución adoptada por Manuel García Mayo es estrictamente consecuente con la naturaleza de las atribuciones. El autor considera que la vivienda familiar también tiene carácter asistencial, mientras que la pensión compensatoria sólo tiene una función equilibradora. Por ello, la pensión compensatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, tiene acertadamente la consideración de medida disponible, de modo que los cónyuges pueden pactar tanto la obligación de su pago como su previa renuncia, mientras que el uso de la vivienda familiar tiene carácter imperativo, de modo que no puede considerarse válido un pacto que pueda perjudicar al cónyuge más necesitado, aunque no existan hijos menores de edad.

Estoy plenamente de acuerdo con todas las consideraciones hechas por el autor sobre la pensión compensatoria, que, por otra parte, me gustaría que fueran adoptadas también por la jurisprudencia italiana, que en cambio adopta exactamente la solución contraria, mientras que creo que es necesario aclarar un poco más el uso de la vivienda. Limitarse a decir que es una medida de protección del cónyuge económicamente más débil corre el riesgo de desvirtuar la validez del pacto en todas las circunstancias en las que, aunque ambos dispongan de recursos económicos suficientes para ser autosuficientes, exista un desequilibrio económico entre ambos. Si se trata de una medida asistencial, creo que el único requisito para que deba atribuirse a uno de los cónyuges, aun contraviniendo el pacto celebrado por las partes, es que éste se encuentre en una situación en la que no pueda satisfacer sus necesidades básicas. No se trata, por tanto, de que exista un mero desequilibrio entre los cónyuges, sino de que uno de ellos se encuentre en tal estado de necesidad que no disponga de otro alojamiento y no pueda, por sus propios medios, procurarse una vivienda. Desde este punto de vista, parece preferible la solución adoptada por el Código civil catalán, con el artículo 233-21-3, según el cual el acuerdo

sobre el uso de la vivienda familiar es siempre válido salvo que perjudique el interés de los hijos menores o no permita a uno de los cónyuges atender a sus necesidades básicas.

La segunda clase de limitaciones consideradas por Manuel García Mayo se refiere a la libertad de los cónyuges y, en particular, a la libertad de separación y divorcio hecha efectiva con la reforma de 2005 que suprimió el sistema causalista y reconoció, incluso, la posibilidad de divorciar sin separación previa.

La importancia del principio de libertad es esencial, más aún si tenemos en cuenta que la Constitución protege a la persona humana tanto como individuo como en formaciones sociales, pero que las formaciones sociales, entre ellas la familia, deben considerarse siempre en una posición de servidumbre respecto de la persona. Cuando la familia deja de ser un lugar en el que la persona puede desarrollar su personalidad y se convierte en una formación opresora y perjudicial para su desarrollo, no puede ser preservada y debe permitirse la posibilidad, incluso unilateral, de poder romper con este vínculo. La importancia de este principio adquiere relevancia en relación con los pactos en previsión de crisis familiar, en la medida en que pueden interferir con esta libertad fundamental. Así, por un lado, entran en juego los pactos de indisolubilidad y los pactos de disolución sólo en presencia de determinadas causas y, por otro, la cláusula penal.

La nulidad de los pactos del primer tipo no puede ponerse en duda. Un pacto que establezca la indisolubilidad del matrimonio o un pacto que permita a los cónyuges divorciarse sólo cuando concurra una justa causa han de considerarse radicalmente nulos, porque atentan contra una libertad fundamental. En este punto Manuel García Mayo es claro y comparto plenamente su opinión. Yo añadiría que el pacto de indisolubilidad también sería nulo por contravenir el orden público, ya que el principio de disolubilidad del matrimonio constituye un principio de orden público, al igual que debe considerarse de orden público el principio de libre disolubilidad, es decir, la supresión del principio causalista.

Mucho más compleja es, sin embargo, desde mi punto de vista, la segunda cuestión, a saber, si es válido un pacto que incluya una cláusula penal, es decir, que otorgue a uno de los cónyuges el derecho a exigir, en caso de crisis familiar, una cantidad de dinero como compensación.

La respuesta que ofrece Manuel García Mayo es clara y precisa: este pacto debe considerarse en todo caso nulo por constituir una limitación al principio de libertad de los cónyuges. El autor llega incluso a una conclusión aún más tajante: la cláusula penal es nula, aunque se disfrace de pensión compensatoria, ya que “las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son”. La única cláusula penal que Manuel García Mayo admite que podría ser válida es la pactada para el caso de incumplimiento de los deberes conyugales.

El tema es muy delicado y los argumentos esgrimidos por el autor son ciertamente rigurosos, aunque quizás excluiría también la validez de la cláusula penal por incumplimiento de deberes conyugales si se excluye de raíz la validez de la cláusula penal para el caso de ruptura familiar.

El argumento es extremadamente complejo y por sí solo merecería una larga reflexión, que no encuentra espacio en una reseña como ésta. En cualquier caso, me resulta extremadamente difícil identificar los criterios para determinar cuándo un pacto de pensión compensatoria puede considerarse realmente una cláusula penal y debe, por ello, ser nulo y cuándo, por el contrario, una cláusula penal debe considerarse una pensión compensatoria y debe, por tanto, ser válida.

Esta reflexión me lleva a proponer una calificación diferente del fenómeno.

Lo que debe preservarse, en todo caso, es la libertad de los cónyuges para poder disolver el vínculo matrimonial, por lo que no creo que se trate de decir que la pensión compensatoria es siempre válida y que la cláusula penal es siempre inválida, sino que se requiere una valoración del caso concreto. Me parece, precisamente a la vista de los argumentos de Manuel García Mayo, que tanto la pensión compensatoria como la cláusula penal deben ser consideradas válidas o nulas, atendiendo al principio de libertad de los cónyuges, cuando sean excesivas, o cuando su cuantía sea manifiestamente desproporcionada y, atendidas las circunstancias concretas, pueda conducir objetivamente a una compresión de la libertad contractual.

Me atrevería a plantear que no son a priori válidas o nulas por el mero hecho de que una sea una cláusula penal y la otra una pensión compensatoria, sino que son nulas cuando se constata que existe una desproporción manifiesta en la prestación, que puede limitar concretamente la libertad de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial.

La tercera y última clase de limitaciones consideradas por Manuel García Mayo se refiere a la igualdad entre los cónyuges.

Este último apartado es sin duda el más denso, y en él, a través de escrupulosos razonamientos, Manuel García Mayo defiende la idea de que el verdadero límite a la autonomía privada no es la igualdad, como tal, sino la igualdad proporcional, y que ésta constituye un criterio de justicia y equidad, que exige ofrecer protección al cónyuge más débil.

Mediante una reconstrucción normativa y dogmática del principio de igualdad y teniendo en cuenta la especial relevancia que el ordenamiento jurídico español otorga a la equidad en el art. 3.2 CC, el autor no sólo excluye que el principio de igualdad entre cónyuges deba aplicarse únicamente a las relaciones personales, pues debe extenderse también a las patrimoniales, sino que acaba dando a este principio un tinte distinto, pues

no se trata sólo de garantizar la igualdad formal y sustancial entre los cónyuges, sino también de respetar un criterio de reciprocidad.

Todo ello lleva a García Mayo a la conclusión de que “a fin de valorar la existencia de reciprocidad se antoja necesario, por un lado, realizar un examen de conjunto de todas las medidas de contenido económico adoptadas por los cónyuges; y, por otro lado, es necesario mantener un equilibrio en el pacto en función del patrimonio y circunstancias de cada uno de los esposos” (p. 210).

A partir de esta consideración, el autor llega a la conclusión de que para que se dé la condición de cónyuge débil no es necesario que exista una situación de abuso de poder o dependencia, sino que basta con que exista una clara diferencia económica o patrimonial entre los cónyuges. García Mayo llega a decir que negar esta realidad supone negar la existencia de un principio de igualdad proporcional, de justicia, y esto sería no sólo ilegal, sino incluso inmoral.

Este apartado, como decía, es ciertamente el más denso y es en el que el autor, apartándose también de la posición mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia, a través de un apretado razonamiento normativo, llega a una conclusión original, que tiene una importante repercusión en la autonomía privada. Indubitablemente hay que compartir que existe un principio de igualdad proporcional, como también hay que compartir que constituye un criterio de justicia y equidad, que debe aplicarse no sólo en las relaciones personales, sino también en las patrimoniales. Comparto la idea de que para valorar si se respeta el principio de igualdad proporcional hay que realizar una valoración global del acuerdo alcanzado por los cónyuges, sin limitarse a una valoración analítica de cláusulas individuales, pues la proporcionalidad debe considerarse en su conjunto, del mismo modo que es evidente que la mera reciprocidad formal de las posibles renunciaciones no es suficiente, considerada aisladamente, para considerar satisfecho el principio. También comparto la idea de que el ordenamiento jurídico no puede dejar desprotegido al cónyuge más débil y, por tanto, que la autonomía privada no puede conducirse de forma que lo perjudique.

El aspecto sobre el que creo que es necesario seguir reflexionando es el de determinar cuándo es realmente posible hablar del cónyuge más débil. Me pregunto, esto es, si la mera existencia de una diferencia de ingresos o retribución entre ambos cónyuges constituye, en sí misma, un índice del que pueda deducirse la condición de debilidad. Si así fuera, habría que llegar, quizá paradójicamente, a dudar de la propia validez de un pacto de renuncia a la pensión compensatoria realizado por el cónyuge económicamente autosuficiente, pero con una condición retributiva inferior a la del otro cónyuge.

Probablemente influenciado por lo que ha sucedido y sucede en la jurisprudencia italiana, yo sería más cauto y consideraría cónyuge más débil no al cónyuge que se

encuentra en peor condición económica (ingresos o patrimonio) que el otro, sino sólo al cónyuge que se encuentra en una condición de dificultad económica concreta y que por ello no puede atender a sus necesidades básicas, o cuya condición económica depende totalmente de necesidades estrictamente relacionadas con la vida en común, porque los cónyuges han acordado que uno de ellos renuncie a sus expectativas de crecimiento profesional para dedicarse a la familia. Fuera de estos supuestos, excluiría que uno de los cónyuges, por el mero hecho de encontrarse en peores condiciones económicas que el otro, deba ser considerado débil y que por ello deba limitarse efectivamente la autonomía privada. Lo que siempre es imprescindible es que se respete el principio de reciprocidad en el pacto, que, como he dicho, debe valorarse en su conjunto, y que cualquier pacto que implique la exclusión o renuncia de un derecho se formule con claridad, de modo que sea evidente a qué derecho renuncia realmente el cónyuge.

Razonar de otro modo entrañaría el riesgo de llegar a una situación análoga a la que existe actualmente en la jurisprudencia italiana, que, si bien afirma que la pensión compensatoria tiene una función equilibradora y de perecuación, declara que este "derecho" es indisponible y que todo pacto previo es nulo.

5. La cuarta parte del libro está dedicada al tema clásico de la ineficacia sobrevinida del pacto, a saber, el tema de la cláusula *rebus sic stantibus*. Manuel García Mayo, consciente de que entre la estipulación del pacto y su ejecución puede transcurrir mucho tiempo y de que las condiciones existentes en el momento de su celebración pueden haber variado significativamente, se encarga de demostrar que, si el cambio de circunstancias se debe a un hecho extraordinario e imprevisible y causa un grave perjuicio a uno de los cónyuges, debe afirmarse su ineficacia.

A falta de una regulación expresa, Manuel García Mayo precisa que hay que acudir a la doctrina general sobre contratos, que, aunque con algunas adaptaciones, debe aplicarse al caso de los pactos en previsión de crisis familiar, que, al ser negocios de derecho de familia, no dejan de ser actos de autonomía negocial.

Para que pueda alegarse la ineficacia de una cláusula o pacto, deben concurrir los siguientes requisitos a) una alteración sobrevinida de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al pactar; b) que esta alteración dependa de circunstancias extraordinarias e imprevisibles y, por tanto, que no puedan considerarse acordes con el curso normal de los acontecimientos y que una persona razonable no hubiera podido prever; c) la existencia de un perjuicio grave para uno de los cónyuges, pues no es necesario que exista una verdadera excesiva onerosidad; d) la concurrencia de los presupuestos de la medida, es decir, que las circunstancias sobrevinidas estén íntimamente relacionadas con la medida de que se trate; e) el carácter subsidiario, es decir, que no exista otro remedio posible.

A todo ello, García Mayo añade que la doctrina debe, en primer lugar, aplicarse restrictivamente, ya que el pacto en previsión de la crisis familiar sirve para proporcionar seguridad jurídica ante la incertidumbre del día después de la crisis matrimonial y, en segundo lugar, que incluso en presencia de estos requisitos, la ineficacia del pacto o cláusula no debe considerarse una opción imperativa, pues antes de llegar a esta solución extrema es necesario comprobar si no es posible una corrección del contenido del pacto y, por tanto, la preferencia de una modificación sobre la ineficacia global.

Todas las consideraciones realizadas sobre el tema de la ineficacia sobrevenida del pacto son ampliamente aceptables, especialmente en la parte en la que se propone una aplicación restrictiva de la doctrina de la ineficacia sobrevenida.

Se trata, una vez más, de ponderar dos principios fundamentales del ordenamiento jurídico: por un lado, la fuerza vinculante del contrato y el principio de seguridad jurídica y, por otro, el principio de equidad, que exige dejar sin efecto un pacto cuando han cambiado radicalmente las circunstancias que constituyeron la base de dicho pacto.

6. La lectura del libro, como he tratado de explicar en las páginas precedentes, deja satisfecho al lector. No hay un aspecto del complicado tema de los pactos en previsión de ruptura familiar que no encuentre un desarrollo razonado y que no ofrezca al lector materia para la reflexión, en conjunción con un análisis exhaustivo de la jurisprudencia.

El libro tiene el mérito de poner sobre la mesa, de forma ordenada, según una teoría clásica, todos los problemas que pueden plantear los pactos en previsión de crisis familiar y también el de ofrecer soluciones bien argumentadas.

Un libro que inevitablemente constituye un nuevo punto de referencia para el teórico que desee abordar estos problemas, pero también para el profesional que desee comprender los límites dentro de los cuales se puede empujar la autonomía privada.

La exhaustividad de la investigación y la coherencia metodológica son méritos seguros de la obra.

En cuanto a las soluciones concretas, la monografía tiene el mérito de empujar al lector a la reflexión crítica, para verificar los resultados que se proponen y enriquecer así el debate científico, con la plena conciencia de que toda monografía debe constituir siempre un punto de partida para ulteriores reflexiones, por lo que la comunidad científica debe estar agradecida a Manuel García Mayo.

Fecha de recepción: 16.01.2024

Fecha de aceptación: 25.02.2024