

Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán

VINCENZO BARBA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Roma «La Sapienza»

RESUMEN

El artículo ofrece una visión general de las posiciones de la doctrina y la jurisprudencia italiana sobre los acuerdos prematrimoniales, ilustrando las directrices más recientes destinadas a admitir los acuerdos de regulación de un asunto patrimonial específico, es decir, aquellos acuerdos que el autor califica como post discrimen familiae. El autor, que también considera de gran utilidad los acuerdos prematrimoniales, considera que su validez es actualmente muy dudosa y, a la vista del proceso de reforma en curso en Italia, propone la adopción de un modelo similar al existente en el derecho catalán. Esta elección se argumenta y justifica, señalando que esta disciplina es capaz de ponderar los intereses de los cónyuges con los principios constitucionales. El autor expone brevemente los problemas que pueden surgir en el caso de acuerdos prematrimoniales sujetos a una regulación extranjera, argumentando que una tal disciplina no sería contraria al orden público internacional italiano. Por último, también estima que la introducción de estos pactos no exime al intérprete de la obligación de evaluar que sean merecedores de protección jurídica.

PALABRAS CLAVE

Régimen económico familiar, capitulaciones matrimoniales, pactos prematrimoniales, orden público internacional.

Marriage agreements in Italian law. Proposal for a reform in accordance with Catalan law

ABSTRACT

*The essay offers an overview of the positions of Italian doctrine and jurisprudence on prenuptial agreements, illustrating the most recent guidelines aimed at admitting agreements aimed at regulating a single asset profile, i.e. those agreements that the author qualifies as post *discrimen familiae*. The author, who also considers the prenuptial agreements of great utility, specifies that their validity is currently highly doubtful and, in view of the reform process currently underway, proposes the adoption of a model similar to that existing in Catalan law. This choice is argued and justified, pointing out that it would be appropriate to balance the interests of the spouses with constitutional principles. The Autor briefly sets out the problems that may arise in the case of prenuptial agreements subject to a foreign discipline, arguing that such a discipline is not generally contrary to Italian international public policy. Finally, specifies that the introduction of these pacts does not exempt the interpreter from having to carry out a lawfulness and merit check.*

KEYWORDS

Family economic regime, marriage settlements, pre-marital o prenuptial agreements, international public order.

SUMARIO: I. Modelos familiares y paradigmas contemporáneos.—II. Acuerdos matrimoniales que regulan la crisis familiar cuando ya ha surgido.—III. Acuerdos a latere de separación y divorcio.—IV. Pactos en previsión de una ruptura matrimonial.—V. Acuerdos *discriminis familiae* causa y post *discrimen familiae*.—VI. Propuesta de un modelo legislativo para los acuerdos prematrimoniales. La disciplina catalana.—VII. Acuerdo prematrimonial y orden público internacional.—VIII. El control de legalidad y de merecimiento de protección jurídica.

I. MODELOS FAMILIARES Y PARADIGMAS CONTEMPORÁNEOS

Las importantes intervenciones legislativas sobre cuestiones familiares que se han producido en los últimos treinta años en Italia, aunque han tenido un impacto significativo en la forma misma

de entender la familia, todavía no han llegado a regular pactos en previsión de la ruptura de la familia o de la crisis.

No hace falta decir que las exigencias de la sociedad contemporánea van en una dirección muy diferente, de modo que la estipulación de tales pactos no se ve obstaculizada por la ausencia de una regulación precisa, con la consecuencia de que la responsabilidad de juzgar su validez se delega esencialmente a la jurisprudencia, que, con un espíritu crítico y conciencia de las necesidades concretas, ha ofrecido lecturas interesantes y abiertas.

Los pactos en previsión de una ruptura familiar no eran concebibles, resultando incluso contrarios a la propia filosofía que inspiró el sistema jurídico, en el modelo de familia diseñado por el Código Civil italiano de 1942, que consideraba la familia como una institución¹, regida por las coordenadas de la matrimonialidad (es decir que la familia tiene que estar basada en el matrimonio), la indisolubilidad, la heterosexualidad y la bilateralidad. Ofrecía, de este modo, una idea de familia con un valor más institucional que privado, más cercana y casi identificada con la noción de familia del derecho canónico.

Esta idea de la familia hoy en día ya no corresponde ni al modelo legislativo ni, sobre todo, a la conciencia social. Las coordenadas originales que gobernaban la familia han devenido casi completamente obsoletas, y la única que se mantiene, aunque sea a duras penas, es la de la bilateralidad.

En primer lugar, el dogma de la matrimonialidad de la familia ha caído a través del difícil reconocimiento de la llamada familia de hecho². Evidentemente el camino ha sido lento y tortuoso y hay

¹ Esta idea ha encontrado en Italia el exponente más destacado en CICU, 1978, p. 3 ss., que, partiendo del supuesto de que la familia es un organismo que trasciende a las personas, negó que la autonomía privada pudiera desempeñar un papel en el derecho de familia. En el mismo sentido, BARASSI, 1940, p. 3 ss. Una primera apertura se debe a SANTORO-PASSARELLI, 1961, p. 381 ss., según el cual los negocios de derecho familiar eran admisibles, con la advertencia de que solo la ley podría determinar sus efectos.

² Cabe considerar que la primera propuesta de texto constitucional, formulada por la Primera Subcomisión (30 de octubre - 15 de noviembre de 1945), en materia de familia, preveía dos artículos: uno dedicado a la familia y otro dedicado al matrimonio. Artículo 1: «La famiglia è una società naturale e come tale lo Stato la riconosce e ne tutela i diritti, allo scopo di accrescere la solidarietà morale e la prosperità materiale della Nazione». Artículo 2: «Il matrimonio è basato sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ai quali spettano il diritto e il dovere di alimentare, istruire ed educare la prole. La legge regola la condizione giuridica dei coniugi, allo scopo di garantire l'unità della famiglia». Estas reglas, que fueron un difícil compromiso alcanzado por Togliatti y Moro, fueron cuestionadas por La Pira, que propuso una enmienda para introducir el principio de la indisolubilidad del matrimonio en el artículo 2. Artículo 2 (modificado por La Pira): «Il matrimonio è basato sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ai quali spettano il diritto e il dovere di alimentare, istruire ed educare la prole. La legge regola la condizione giuridica dei coniugi, allo scopo di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia». El principio de la indisolubilidad del matrimonio se mantuvo también en el texto propuesto por la Comisión de los Setenta y Cinco (15 de enero de 1947) que formuló los dos textos siguientes: artículo 23 «La famiglia è una società naturale: la Repubblica ne riconosce i diritti e ne assume la tutela per

que decir que aún no está totalmente culminado, ya que de vez en cuando aparecen opiniones que intentan afirmar una especie de superioridad de la familia basada en el matrimonio sobre cualquier otro modelo familiar. El instrumento técnico a través del cual se intenta generalmente esta operación hermenéutica ha sido la distinción entre formación social y familia. Afirmando en una perspectiva anticuada, que sería la familia «verdadera» solamente la que se basa en el matrimonio, mientras que todas las demás parejas serían «meras» formaciones sociales³. Y el tema, en ciertos aspectos, se ha visto también agravado por la introducción de la Ley sobre las uniones civiles homosexuales (Ley 20 de mayo de 2016, n. 76) que ha elegido deliberadamente, desde una perspectiva miope, calificar estas uniones como formaciones sociales, en la ilusoria convicción de que el recurso a esta denominación resulta suficiente para excluir su naturaleza familiar.

En segundo lugar, ha caído el dogma de la indisolubilidad, a través de la aprobación, tras un referéndum, de la Ley n.º 898 del 1 de diciembre de 1970, sobre la disolución del matrimonio. El tema ha sido, además, objeto de un interesante y reciente proceso de reforma, destinado a marcar una importante simplificación y una desjurisdiccionalización parcial. En este sentido, hay al menos dos leyes de especial importancia: el decreto ley n.º 132 de 12 de septiembre de 2014, convertido en la Ley n.º 162 del 10 de noviembre de 2014, y la Ley n.º 55 del 6 de mayo de 2015. La primera ley establece que: a) la separación legal consensual, b) la solicitud conjunta de divorcio y c) la solicitud conjunta de modificación de las medidas derivadas de la separación y el divorcio pueden obtenerse: i) como resultado de un procedimiento de negociación asistido por uno o más abogados, o ii) como resultado de

l'adempimento della sua missione e per la saldezza morale e la prosperità della nazione. La Repubblica assicura alla famiglia le condizioni economiche necessarie alla sua formazione, alla sua difesa ed al suo sviluppo, con speciale riguardo alle famiglie numerose». Artículo 24 «Il matrimonio è basato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. La legge ne regola la condizione a fine di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia». Por último, está la propuesta del Comité de Redacción que, por primera vez, introduce un cambio en el texto que se había acordado: artículo 23 «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio indissolubile. Il matrimonio è ordinato in base all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nei limiti richiesti dall'unità della famiglia».

En los trabajos preparatorios de la Primera Subcomisión para la Constituyente, el 5 de noviembre de 1946, con ocasión de la discusión del artículo 29, se leyó este discurso de Moro: «quando si dice che la famiglia è una società naturale, non ci si deve riferire immediatamente al vincolo sacramentale; si vuole riconoscere che la famiglia nelle sue fasi iniziali è una società naturale. Pur essendo molto caro ai democristiani il concetto del vincolo sacramentale nella famiglia, questo non impedisce di raffigurare anche una famiglia, comunque costituita, come una società che, presentando determinati caratteri di stabilità e di funzionalità umana, possa inserirsi nella vita sociale. Mettendo da parte il vincolo sacramentale, si può raffigurare la famiglia nella sua struttura come una società complessa non soltanto di interessi e di affetti, ma soprattutto dotata di una propria consistenza che trascende i vincoli che possono solo temporaneamente tenere unite due persone».

³ Por todos, con gran apertura, BIANCA, 2019, p. 122 s.

un procedimiento ante el encargado del registro civil. Esta ley dispone que, en presencia de hijos menores o discapacitados, el matrimonio: a) no se puede utilizar el segundo procedimiento; b) si se tiene la intención de utilizar el primer procedimiento, debe intervenir necesariamente el ministerio fiscal, que ejerce un control sustancial para proteger los intereses de los hijos. La segunda ley ha simplificado la posibilidad de solicitar el divorcio, al establecer que los cónyuges separados pueden solicitarlo una vez transcurridos doce meses (anteriormente el plazo era de tres años) desde la separación. Técnicamente, el *dies a quo* de este plazo de doce meses se fija en la reforma en la comparecencia de los cónyuges ante el tribunal del procedimiento de separación. Esta ley del 2015 introduce, asimismo, un plazo de seis meses para el caso de separación de mutuo acuerdo, aplicable asimismo cuando el litigio contencioso se convierte en consensual.

En tercer lugar, aunque este proceso sigue en curso y requiere un gran compromiso de la doctrina y la jurisprudencia, ha quedado en entredicho el dogma de la heterosexualidad. El cambio de criterio se inicia con el reconocimiento de la importancia de la pareja homosexual⁴ de hecho, facilitado en parte por la intervención de los Tribunales Europeos y ratificado, finalmente, tras un importante fallo del Tribunal Constitucional⁵, por el parlamento italiano con la aprobación de la Ley reguladora de las uniones civiles homosexuales. Todavía en nuestros días algunos juristas italianos tratan de conservar el dogma de la heterosexualidad de la familia, y para lograr ese resultado dicen que las uniones civiles son formaciones sociales y no fami-

⁴ Hay que considerar que la expresión «sociedad natural» contenida en el artículo 29 de la Constitución no puede considerarse un obstáculo para el reconocimiento de la familia homosexual. Aunque esta expresión es hoy señalada precisamente por los pensadores que se oponen al matrimonio entre personas del mismo sexo, suponiendo que el matrimonio es posible solo entre hombres y mujeres, es interesante recordar que esta expresión se debe a Togliatti y que fue rechazada precisamente por los católicos. La referencia a la naturalidad no aspiraba a recordar las concepciones filosóficas pan-naturalistas, sino a impedir que el Estado –lo que había sucedido durante el período fascista– interfiriera en la autonomía de la familia. Son muchos los ejemplos de la injerencia del Estado fascista en la autonomía de la familia y, entre ellos, basta pensar en la obligación de basar la educación de los hijos en el sentimiento nacional fascista, o en la prohibición de que los judíos se casaran en suelo italiano, o, también, en la prohibición de los matrimonios entre italianos y judíos para no contaminar la raza. La referencia a la familia, como «sociedad natural basada en el matrimonio», no nació en la Constitución para legitimar como única familia posible la heterosexual, sino para impedir que el principio de la indisolubilidad del matrimonio, sustancialmente deseado por los católicos e introducido, por fin, por el Comité de Ordenación, se introdujera en nuestra Constitución. El propio Moro expresó su apertura hacia la familia no basada en el matrimonio (v. nota n. 2). En esencia, la expresión «fundado en el matrimonio» solo pretendía decir que el matrimonio era indisoluble, al igual que la expresión «sociedad natural» servía de preámbulo filosófico para hacer descender siempre la indisolubilidad. Cuando la indisolubilidad dejó de existir, el significado del artículo cambió radicalmente.

⁵ Corte Cost., 11 de junio de 2014, n. 170, en *Leggi d'Italia*.

lias⁶. Esta idea no puede ser compartida y requiere, a mi modo de ver, una reacción firme sustentada en planteamientos constitucionales. Considero, a este respecto, que el sistema legislativo italiano actual resulta muy insatisfactorio, al haber construido una unión civil que es esencialmente casi idéntica al matrimonio, solo para evitar decir que una pareja homosexual puede contraer matrimonio. Sería deseable, en una perspectiva más acorde a la realidad contemporánea, abrir el matrimonio tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales⁷, rediseñando la disciplina de la unión civil, para convertirla en una llamada estructura familiar débil, en la que puedan ser admitidas tanto las parejas homosexuales como las heterosexuales⁸. El sistema jurídico no puede establecer modelos familiares diferentes con fundamento en la orientación sexual de las personas; solo puede prever dos modelos diferentes (uno denominado fuerte y otro llamado débil), cada uno con su propia disciplina sustancial, a los que deben tener acceso tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales. El matrimonio, la unión civil y la pareja de hecho deben ser diferentes solo por la disciplina sustantiva aplicable y no por la orientación sexual de las parejas que pueden acceder a ellas. Por lo tanto, me parece que todavía queda un largo camino por recorrer⁹.

Finalmente, permanece el dogma de la bilateralidad, aunque las consideraciones de otros países nos llevan a repensar su propia existencia. No solo porque el sistema jurídico italiano tiene que prepararse, atendiendo a niveles adecuados de protección de las personas, ante el fenómeno de las familias polígamas, especial-

⁶ En el sentido de hacer que las normas aplicables a la unión civil y al matrimonio sean sustancialmente comparables, mediante una interpretación del párrafo 20 del artículo 1 de la Ley reguladora de la unión civil BARBA, 2017, p. 143 ss.; BARBA, *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 13 ss.; BARBA, *Fam. dir.*, 2017, p. 381 ss.

⁷ En el sentido opuesto, parece orientado (Renda, 2014, p. 1024 ss.), según el cual el concepto de familia, también como resultado de una evaluación antropológica, se fijaría en la unión heterosexual consagrada en el matrimonio. El autor, al tiempo que afirma que es apropiado regular la pareja homosexual, declara que la opción de extender el matrimonio a las parejas homosexuales el matrimonio, como se ha hecho en otros países, implicaría el pago de «un precio» demasiado alto en Italia. «Consiste nella rottura non solo del modello del “matrimonio cristiano”, teorizzato da Jemolo come categoria comprensiva di quello canonico e di quello civile ed accomunata dal presupposto generalissimo della diversità di sesso dei nubendi, ma anche dello stesso modello di matrimonio civile europeo, che si spezza in due tronconi». Este autor llega incluso a mantener que se trata de un vaciamiento del sustrato antropológico y una privación de su función que, como el nombre evoca, implica la idea de una «condivisione da parte dell'uomo del dono e della responsabilità della maternità».

⁸ Sobre este tema y para el desarrollo de esta idea, véase BARBA, *GenIUS*, 2018, p. 68 ss.

⁹ A este respecto, las interesantes consideraciones de CHIAPPETA, *Rass. dir. civ.*, 2020 (pendiente de publicación), leído merced a la amabilidad de la autora, que explican la transición de familia - institución (acto - estatus - efectos) a familias funcionales (afecto - relaciones - efectos). «La concezione funzionale delle “famiglie” ha messo infatti in luce che gli effetti possono, anche in assenza di un valido atto dichiarativo, fondarsi sulla solidarietà e sull'affetto esistente tra i membri del gruppo familiare».

mente en los casos de extranjeros residentes en Italia, sino también por la necesidad de dar respuesta a nuevas figuras como las familias recompuestas y la hipótesis más reciente del poli-amor.

Estos cambios radicales en el sistema familiar afectan inevitablemente también al papel de la autonomía privada en el seno de la familia y de su crisis, por lo que las consideraciones encaminadas a excluir su importancia deben considerarse definitivamente infundadas. Más bien, es necesario verificar cuáles son los espacios que la autonomía privada ya ha conquistado en la crisis de la familia y cuál es el papel global que la contemporaneidad le asigna, con la plena conciencia de que de estos datos dependen importantes consecuencias en todos aquellos casos, cada vez más numerosos, en los que los regímenes patrimoniales se rigen por una disciplina extranjera.

II. ACUERDOS MATRIMONIALES QUE REGULAN LA CRISIS FAMILIAR CUANDO YA HA SURGIDO

La autonomía privada no es en absoluto ajena a la crisis matrimonial y las tendencias más recientes, en las que se evidencia el fenómeno de la desjurisdiccionalización, constituyen un fuerte impulso en esta dirección.

Es indiscutible que los cónyuges tienen un importante poder de autonomía en la gestión de la crisis familiar, no solo cuando esta ha sido declarada y la autoridad judicial ya ha intervenido, sino también antes de que la crisis sea puesta en conocimiento del órgano judicial encargado de pronunciar la separación o el divorcio.

Existen numerosas disposiciones jurídicas que otorgan un papel fundamental a la autonomía de los sujetos inmersos en una crisis conyugal, con carácter previo o tras la intervención judicial.

En la primera dirección, basta pensar en el artículo 5, párrafo 8, Ley divorcio¹⁰ (en adelante: LD), en la parte en la que dispone que los cónyuges pueden acordar que la obligación de alimentos se cumpla en un solo pago; en la segunda dirección, cabe citar la regulación de la separación y el divorcio llamados consensuales, es decir, los casos en los que la regulación de las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges se encomienda sustancialmente a su decisión conjunta (convenio regulador) y se somete a un control por parte de una autoridad judicial.

¹⁰ Se trata de la Ley 1 de diciembre de 1970, n. 898.

Es necesario, pues, partir precisamente de estos acuerdos pre-matrimoniales, cuyo contenido tiende a integrarse en la sentencia judicial que decreta la separación o el divorcio, con la aclaración de que, de ahora en adelante, en aras de la simplicidad, tomaré en consideración únicamente el caso de la separación, con pleno conocimiento de que estas consideraciones pueden extenderse también al divorcio¹¹.

Las normas de referencia están contenidas en los artículos 158 CC It. y 711 CPC It., que establecen que los cónyuges pueden resolver mediante negociación tanto sus relaciones personales como patrimoniales, así como sus relaciones con los hijos, y que este acuerdo debe ser aprobado por el tribunal.

El procedimiento se divide, pues, en dos etapas: la primera, que se lleva a cabo únicamente entre los cónyuges, a cuyo término estos celebran un acuerdo que regula sus relaciones de manera global; la segunda, en la que el tribunal interviene con la función de aprobar el acuerdo de los cónyuges a fin de que, según lo establecido por las dos disposiciones legales mencionadas, el acuerdo en cuestión «tenga efecto».

El alcance y la relevancia de ese acuerdo de los cónyuges depende, inevitablemente, del valor asignado a la decisión judicial de homologación, ya que, como puede fácilmente intuirse, existe una relación de proporcionalidad inversa entre uno y otra, de modo que cuanto más importancia se otorgue a la resolución judicial, menor relevancia tendrá el acuerdo de los cónyuges, con el riesgo de que se convierta en una mera proposición.

La relación entre estos dos actos no se ha mantenido inalterada a lo largo del tiempo, pudiéndose apreciar un proceso lento, pero ininterrumpido, destinado a quitar importancia a la función de la aprobación del tribunal.

Esta evolución, íntimamente ligada al mismo concepto de familia, ha recibido un fuerte impulso, primero con la reforma del derecho de familia de 1975, que modificó el texto del artículo 158 del Código Civil, introduciendo su actual segundo párrafo, y, más recientemente, con las normas de 2014 sobre la separación derivada de un procedimiento de negociación asistido por uno o varios abogados, o de un procedimiento ante el encargado del registro civil. De hecho, hemos pasado de una concepción que consideraba

¹¹ La disciplina no es muy diferente en el derecho común español, donde en el caso de separación o divorcio a petición de ambos cónyuges, es posible que a la demanda se acompañe una propuesta de convenio regulador. Las normas mínimas que debe contener el convenio regulador, a diferencia de lo previsto en Italia, son uniformes (contenidas en el artículo 90 CC Es.), tanto en el caso de separación como de divorcio. Sobre el tema, con amplitud, CASTILLA BAREA, 2011, p. 295 ss.

el acuerdo de los cónyuges un mero requisito previo y la homologación el acto con función determinante y constitutiva, de tal manera que se pensaba que el juez ni siquiera estaba obligado a cumplir los acuerdos alcanzados entre los cónyuges, a una concepción en la que la homologación desempeña una función de puro control de legalidad, permitiendo que el juez intervenga solo en una función limitadora y únicamente si están implicados los intereses de los hijos, es decir, los intereses de partes ajenas a la pareja.

En este sentido, es significativa no solo la introducción del segundo párrafo del artículo 158 del Código Civil italiano, que permite una relectura de su primer párrafo, sino también la frecuentemente citada ley de 2014. El segundo párrafo del artículo 158 del Código Civil italiano, al establecer que en el caso de un acuerdo prematrimonial que no responda al interés de los hijos, el juez convocará de nuevo a los cónyuges, indicándoles las modificaciones que deben adoptarse, y que, en el caso de una solución inadecuada, puede rechazar la aprobación, demuestra que el poder de decisión está efectivamente concentrado en las manos de los cónyuges, careciendo el juez de facultades para determinar el contenido del acto, gozando solo de un poder excepcional de rechazo¹².

Esto que se acaba de exponer se comprende aún mejor si se considera el procedimiento de negociación asistida, respecto al cual el legislador ha establecido que, en ausencia de hijos, el fiscal al que se transmite el acuerdo comunicará la autorización si no aprecia ninguna irregularidad y que, en presencia de hijos, autorizará el acuerdo si respeta los intereses de los mismos. En el procedimiento de separación por consentimiento mutuo ante el encargado del registro civil, al que los cónyuges no pueden tener acceso si tienen hijos comunes, no se prevé ninguna forma sustancial de control.

En otras palabras, la homologación del Tribunal en el caso de una separación a petición de ambos cónyuges, el control del fiscal en el caso de una separación tras una negociación asistida y, aún más, el convenio regulador celebrado ante el encargado

¹² En este sentido, desde Cass., 4 de septiembre de 2004, n. 17902, en *Fam. e dir.*, 2005, p. 508 ss., se considera que, dado el carácter negocial del acuerdo que da sustancia y fundamento a la separación consensual entre los cónyuges, y en la medida que no se reconoce, en el acto de homologación, una función sustitutiva o complementaria de la voluntad de las partes, sino que, por el contrario, representa el procedimiento y el decreto de homologación condiciones de eficacia del acuerdo subyacente entre los cónyuges (salvo en lo que respecta a los acuerdos relativos a la custodia de los hijos menores, respecto de la cual el tribunal tiene un poder de intervención más intenso), debe considerarse admisible una acción de anulación de la separación consensual homologada por vicios de la voluntad, cuya disciplina, extensible a las negociaciones relativas a las relaciones jurídicas no matrimoniales, a las que pertenecen las del derecho de familia, protege la validez del consentimiento como efecto de la libre reunión de la voluntad de las partes.

del registro civil, demuestran la centralidad que asume el acuerdo de los cónyuges y su idoneidad para regular todas¹³ sus relaciones.

No cabe duda, por lo tanto, de que la crisis del matrimonio puede regularse esencialmente mediante un acuerdo entre los cónyuges y, por consiguiente, que la autonomía privada desempeña un papel muy importante en la crisis familiar.

Desde otro punto de vista, la jurisprudencia italiana, para indicar cuál debe ser el contenido mínimo del acuerdo de separación, ha señalado que existe un *contenuto essenziale*, que tiene por objeto el consentimiento mutuo para vivir separados, la custodia de los hijos, y la pensión compensatoria (si es debida y si se cumplen las condiciones), y un *contenuto eventuale*, que consiste en todos aquellos acuerdos necesarios y adecuados para el establecimiento de un régimen de vida separado, especificando, posteriormente, que este segundo contenido viene referido básicamente a acuerdos de carácter patrimonial¹⁴.

Esta diferenciación ha servido a la jurisprudencia italiana para dar respuesta a dos cuestiones: en primer lugar, para excluir que el contenido eventual deba ser homologado para que sea eficaz, y, en segundo lugar, para afirmar que su modificación no requiere el procedimiento establecido en el artículo 710 del Código procesal civil italiano.

Mediante este razonamiento, la jurisprudencia italiana¹⁵ ha afirmado sustancialmente que los acuerdos que regulan aspectos relativos a los bienes no solo son perfectamente válidos y eficaces, sino que ni siquiera requieren homologación por parte del juez, terminando por concluir que son acuerdos plenamente sujetos a la disciplina del derecho común de los contratos. Y no es por casualidad que se evoca a menudo la norma del artículo 1322 del Código Civil, suponiendo que se trata de acuerdos «atípicos»¹⁶ celebrados

¹³ Cabe señalar que el acuerdo de separación ante el encargado del registro civil no puede contener acuerdos de transferencia de bienes.

¹⁴ En la jurisprudencia, entre las primeras afirmaciones de esta idea, Cass., 25 de septiembre de 1978, n. 4277, en *Leggi d'Italia*. Asimismo, más recientemente: Cass., 15 de mayo de 1997, n. 4306, en *Nuova giur. civ.*, 1999, I, p. 278, con nota de ZANUZZI; Cass., 19 de agosto de 2015, n. 16909, en *Leggi d'Italia*; Cass., 26 de julio de 2018, n. 19847, in *Leggi d'Italia*; Cass., 7 de mayo de 2019, n. 12023, en *Leggi d'Italia*.

¹⁵ Un análisis inteligente de nuestra jurisprudencia es propuesto por PALAZZO, 2018, p. PALAZZO, *Giust. civ.*, 2017, p. 93 ss., quien mantiene posturas aperturistas interesantes y considera inútil una evaluación abstracta de los pactos. El autor sostiene que una decisión preliminar sobre la invalidez no sería razonable «ove la sintesi degli interessi reali che il medesimo è volto concretamente a realizzare non sia identificabile quale “prezzo” del consenso al divorzio, quanto meno ove vengano rispettati, anche sotto il profilo relazionale, taluni aspetti rilevanti».

¹⁶ Sobre mi idea de atipicidad de los contratos y el papel del artículo 1322 CC It., véase BARBA, 2018, p. 74.

en el ejercicio de la facultad de autonomía que la ley reconoce a las personas, así como la disciplina sobre los vicios del consentimiento, que encontrarían aplicación, que son acuerdos sujetos al derecho común de los contratos.

Habiendo afirmado la admisibilidad y la relevancia de estos pactos, la doctrina ha cuestionado el valor jurídico de un acuerdo entre los cónyuges para regular su separación, a falta de su homologación, es decir, en el caso de una separación de hecho.

A este respecto, aunque la jurisprudencia ha afirmado recientemente que, a falta de homologación, la separación es ineficaz¹⁷, no creo que esto sea suficiente para considerar esos acuerdos como totalmente ineficaces.

A mi juicio, hay que tener en cuenta que la postura de la jurisprudencia solo permite descartar la posibilidad de que ese acuerdo produzca los efectos típicos de la separación entre los cónyuges, mientras que no permite afirmar que dicho pacto carezca de todo efecto jurídico. La jurisprudencia señala, en efecto, que ese acuerdo no puede producir los efectos propios de una separación judicial a petición de ambos cónyuges, pero ello no conlleva considerarlo como meramente inválido o ineficaz. Por el contrario, este acuerdo conserva su eficacia y validez¹⁸.

En consecuencia, me parece posible decir que los acuerdos con contenido «eventual» serán perfectamente válidos, mientras que el acuerdo que tenga un contenido esencial, aunque sea efectivo en las relaciones de la pareja (ya que hay una separación de hecho), no puede producir las mismas consecuencias que la ley relaciona con la sentencia de separación.

¹⁷ Véase nota n. 14.

¹⁸ *Cfr.* Cass., 9 de abril de 2008, n. 9174, en *Leggi d'Italia*. En lo que respecta a la separación consensual, la reglamentación acordada entre los cónyuges y relativa a la definición de sus relaciones patrimoniales, aunque se base en el acuerdo de las partes, solo surte efectos jurídicos después de la medida de homologación, que tiene la función esencial de comprobar que los acuerdos concertados se ajustan a los intereses superiores de la familia; de ello se desprende que, dado que los acuerdos mencionados solo pueden ser parte constitutiva de la separación si se homologan, de conformidad con el complejo procedimiento *ex art. 711 CPC It. y 158 CC It.*, a falta de tal homologación, los acuerdos previamente celebrados no tienen ninguna eficacia jurídica a menos que estén en posición de autonomía porque no están vinculados al sistema de separación consensual. (Principio afirmado por la Corte de Casación respecto a un acuerdo, relativo a la renuncia a la copropiedad de un bien inmueble por parte de uno de los cónyuges en favor del otro, considerado como parte de un proyecto de separación consensual que no tuvo éxito, ya que los cónyuges habían obtenido la separación judicialmente.

III. ACUERDOS A *LATERE* DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Las consideraciones realizadas en relación con el llamado «contenido esencial» y el llamado «contenido eventual» del acuerdo de separación, han permitido a la jurisprudencia italiana razonar sobre la validez de los acuerdos prematrimoniales alcanzados por los cónyuges, al mismo tiempo o después de la aprobación del acuerdo de separación, y, por lo tanto, sobre la cuestión de los llamados acuerdos prenupciales *a latere*.

En un momento en que la concepción institucional del matrimonio todavía era fuerte y estaba asentada la creencia de que el acuerdo de los cónyuges tenía un mero valor de presupuesto, de modo que el acto que tenía efecto constitutivo de la separación era la homologación, la respuesta a esta pregunta fue sustancialmente negativa.

En presencia de cualquier acuerdo, incluso posterior a la separación, por el que los cónyuges hubieran regulado un aspecto patrimonial de su vida después de la ruptura familiar, el juicio fue extremadamente riguroso, hasta el punto de calificar esos acuerdos nulos por ilicitud de la causa, o por tener por objeto derechos no disponibles¹⁹, o por determinar una restricción de los derechos de defensa, o por importar una renuncia a derechos futuros.

La casuística de la jurisprudencia italiana se refiere principalmente a los acuerdos entre los cónyuges sobre la pensión compensatoria celebrados después de la separación y con vistas al divorcio, a los acuerdos que modifican las condiciones patrimoniales establecidas en el momento de la separación²⁰, a los acuerdos rela-

¹⁹ Sin embargo, cabe señalar Cass., 13 de enero de 1993, n. 348, en *Leggi d'Italia*, que admitía esencialmente la validez de un acuerdo patrimonial entre los cónyuges celebrado con vistas a la anulación del matrimonio, dado el carácter inquisitivo de la sentencia de anulación del matrimonio y, por tanto, la exclusión de toda facultad de disposición del estatuto. En los fundamentos de derecho, se lee: «se è pur vero infatti che, con la sentenza 3777/81 ed altre successive (cfr. da ultimo, 2180/91), questa Corte ha ritenuto la nullità di accordi patrimoniali tra coniugi per l'eventualità ed in vista di un futuro divorzio, per motivi di ordine pubblico attinenti alla idoneità di tali fatti ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo status personale - del pari innegabile è però la ben diversa connotazione della odierna fattispecie negoziale, che rende ad essa irriferribile quel principio. Non viene infatti in gioco, in questo caso una "determinazione delle parti" in ordine allo scioglimento del vincolo coniugale, che potrebbe ritenersi in tesi influenzata dalla pregressa regolamentazione negoziale: essendo viceversa l'accordo di che si discute correlato ad un procedimento, dalle forti connotazioni inquisitorie, volto (comunque) ad accertare l'esistenza o meno di una causa di invalidità del matrimonio, fuori da ogni potere negoziale di disposizione dello status».

²⁰ Véase, Cass., 11 de junio de 1981, n. 3777, en *Leggi d'Italia*, que establece este principio de derecho: «L'assegno di divorzio è indisponibile prima dell'inizio del relativo giudizio tanto nella sua parte assistenziale quanto nella parte risarcitoria e compensativa; pertanto, vanno considerati invalidi gli accordi dei coniugi separati intesi a stabilire il regime economico non solo per il contestuale periodo di separazione ma anche per quello successivo al giudizio di divorzio». Más, Cass., 20 de mayo de 1985, n. 3030, en *Leggi d'Italia*, «è inefficace la rinuncia alla possibilità di chiedere la revisione dell'assegno inter-

tivos a la vivienda familiar²¹ y, en todo caso, a los acuerdos que regulan los asuntos patrimoniales²².

El verdadero cambio se produjo en 1993²³, cuando, por primera vez, la jurisprudencia italiana, modificando el enfoque anterior, confirmó la validez de los acuerdos *a latere*, es decir, todos aquellos celebrados entre los cónyuges que no se incorporan a la sentencia de separación²⁴.

venuta fra i coniugi prima della pronuncia del divorzio». Igualmente: Cass., 6 de diciembre de 1991, n. 13128, en *Leggi d'Italia*; Cass., 4 de junio de 1992, n. 6857, en *Leggi d'Italia*.

²¹ V. Cass., 11 de diciembre de 1990, n. 11788, en *Leggi d'Italia*, que establece este principio de derecho: «L'accordo con cui i coniugi, in sede di separazione consensuale, stabiliscono per il periodo successivo al divorzio a favore dell'uno il diritto personale di godimento della casa di proprietà dell'altro è nullo per illiceità della causa (nella specie, la cassazione ha rilevato l'incidenza su materia, quella dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, sottratta alla disponibilità delle parti e la possibile influenza sul comportamento processuale delle parti stesse), in quanto incide, direttamente od indirettamente, sui comportamenti difensivi nel processo di divorzio, ed altresì tocca la materia dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, che è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata alle determinazioni del giudice, a tutela di interessi anche pubblicistici». Igualmente: Cass., 20 de septiembre de 1991, n. 9840, en *Leggi d'Italia*.

²² V. Cass., 1 de marzo de 1991, n. 2180, en *Leggi d'Italia*, que establece este principio de derecho: «il divieto per i coniugi di disciplinare in anticipo i loro rapporti patrimoniali per l'eventualità del divorzio non riguarda solo la predeterminazione dell'assegno, ma comprende gli accordi economici parimenti rientranti nel regime patrimoniale del divorzio (nella specie, trattavasi di accordo accessorio alla separazione, ma funzionalmente collegato anche al divorzio, con il quale erano concessi in godimento alla moglie beni mobili ed immobili del marito), sussistendo anche per tali accordi le ragioni di ordine pubblico del divieto (attitudine ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo status personale); il principio non resta escluso dalla possibilità, introdotta dalla L. 6 marzo 1987, n. 74, (che ha novellato l'art. 4 L. 1 dicembre 1970, n. 898), di proporre congiuntamente la domanda di divorzio, poiché, in questa evenienza, le intese raggiunte dalle parti sul relativo assetto economico atengono ad un divorzio che esse hanno già deciso di conseguire, e, quindi, non semplicemente prefigurato».

²³ Cass., 24 de febrero de 1993, n. 2270, en *Leggi d'Italia*; Cass., 22 de enero de 1994, n. 675, en *Leggi d'Italia*. La primera sentencia establece este principio de derecho que también se repite en la segunda: «in tema di separazione consensuale, le modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione, trovando fondamento nell'art. 1322 c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, anche a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato dall'art. 710 c.p.c., quando non varchino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c.; per contro, alle pattuizioni convenute dai coniugi prima del decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato, può riconoscersi validità solo quando assicurino una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma (ad esempio concordando un assegno di mantenimento in misura superiore a quella sottoposto ad omologazione), o quando concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, o quando costituiscano clause meramente specificative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 c.c.».

²⁴ Cabe señalar que, después de estos dos fallos de 1993, se encuentran durante algunos años más varios fallos que se ajustan al enfoque anterior, especialmente los relativos a la cuantía de la pensión compensatoria, que sigue siendo una cuestión muy delicada. Así, Cass., 28 de octubre de 1994, n. 8912, en *Leggi d'Italia*, que establece este principio de derecho: «L'accordo preventivo concluso fra i coniugi riguardante l'assetto dei rapporti matrimoniali tra essi intercorrenti in caso di divorzio è radicalmente nullo, poiché con esso si limita il loro comportamento processuale in un giudizio concernente "uno status": nella

Según la jurisprudencia italiana, se trata de acuerdos esencialmente válidos, que se basan en el principio de la autonomía privada y que, cuando no se refieran a aspectos esenciales de la separación, son eficaces entre los cónyuges, incluso cuando falta la homologación.

La jurisprudencia distingue entre los pactos que se llevan a cabo en el momento de la separación (a partir de ahora: pactos contextuales), que no se transfieren a la resolución de homologación, y los pactos celebrados después de la resolución de homologación (a partir de ahora: pactos posteriores).

En cuanto a los acuerdos contextuales, se afirma que son plenamente válidos y eficaces, especificando que su contenido no debe ser contrario a los derechos y deberes imperativos del matrimonio (art. 160 Código Civil)²⁵ y que no pueden afectar al denominado «contenido esencial», pudiéndose limitar por tanto a dictar normas de contenido patrimonial necesarias y adecuadas para el establecimiento de un régimen de vida separado.

En lo que respecta a los acuerdos posteriores, debe hacerse una distinción en función de si su contenido modifica o no lo establecido en la sentencia de separación²⁶.

En caso de que el acuerdo posterior se refiera a un aspecto que no se tenga en cuenta en el acuerdo ya homologado y que sea compatible con él, deberá considerarse admisible, siempre que no suponga una violación de los derechos y deberes imperativos del matrimonio. En este supuesto, se dice también que la eficacia de esos acuerdos no requiere siquiera una homologación.

En la hipótesis de que el acuerdo posterior modifique sustancialmente las condiciones de la separación, se afirma que el acuerdo solo es eficaz si prevé una disciplina que asegure una mayor ventaja al interés protegido, mientras que resultará sustancialmente ineficaz si implica una modificación *en pejus*.

specie, è nulla la transazione avente ad oggetto il diritto all'assegno divorzile». Igualmente, Cass., 7 de septiemb. de 1995, n. 9416, en *Leggi d'Italia*, que afirma este principio: «L'accordo intervenuto tra i coniugi al momento della separazione di fatto, con cui essi abbiano regolato ogni rapporto patrimoniale e dichiarato di non avere altro da pretendere l'uno dall'altro, non assume rilievo ai fini del riconoscimento dell'assegno di divorzio, essendo sottratto alla disponibilità delle parti il potere di regolare in via preventiva ed autonoma gli effetti patrimoniali del divorzio».

²⁵ Según Russo, *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 605, el artículo 160 CC It. tiene un ámbito de aplicación general que incluye todas las prestaciones basadas en la solidaridad familiar, que encuentran su supuesto inmediato o mediato en el matrimonio. Desde esta perspectiva, no estaría justificado pensar que la norma puede operar solo en la fase fisiológica de la relación matrimonial y no también en la patológica.

²⁶ OBERTO, *Fam. dir.*, 2006, p. 152, propone esta distinción: a) acuerdos que modifican las condiciones homologadas; b) acuerdos suplementarios; c) acuerdos destinados a regular, total o parcialmente, las condiciones de una separación jurídica en la que se simulan condiciones diferentes. El autor especifica que, con respecto a la separación, los acuerdos del apartado a) son necesariamente posteriores; los del apartado c) son necesariamente contextuales, mientras que los del apartado b) pueden ser anteriores, contextuales o posteriores.

La nueva orientación de la Corte de Casación italiana, que ha sido reiterada hasta el día de hoy²⁷, plantea diversos problemas de interpretación, ya que es necesario establecer cuáles son los derechos y deberes que derivan del matrimonio y, sobre todo, es necesario aclarar cuándo se debe considerar que un acuerdo posterior no modifica el acuerdo de separación²⁸.

Más allá de estos problemas, que son principalmente de carácter interpretativo y que han sido resueltos por la jurisprudencia italiana, al considerar admisibles los acuerdos *a latere* que no modifican la sustancia o el equilibrio del acuerdo, o los que constituyen una mera especificación de este, la jurisprudencia se ha mantenido firme en la idea de que los acuerdos *a latere* pueden referirse únicamente al llamado «contenido posible». Por lo tanto, no pueden tener nunca por objeto ni el consentimiento mutuo para vivir separados, ni la custodia de los hijos, ni, lo que es más importante, la pensión compensatoria.

En definitiva, aunque se dice que los acuerdos *a latere* pueden referirse al denominado «contenido posible» del acuerdo de separación y, por lo tanto, a todos aquellos acuerdos de naturaleza patrimonial adoptados con vistas a una vida separada de los cónyuges, se excluye que puedan referirse, sustancialmente, a la pensión compensatoria. En concreto, cualquier acuerdo *a latere* que se lleven a cabo en el momento de la separación, relativo a la pensión compensatoria, se considera siempre ineficaz, mientras que cualquier acuerdo *a latere* posterior, relativo a la pensión compensatoria, solo se estima vinculante si resulta más ventajoso para el cónyuge que recibe la pensión, es decir, solo si el acuerdo prevé el pago de una pensión compensatoria mayor que la establecida en el

²⁷ Cass., 28 de julio de 1997, n. 7029, en *Leggi d'Italia*; Cass. 11 de junio de 1998, n. 5829, en *Leggi d'Italia*; Cass., 10 de octubre de 2005, n. 20290, en *Leggi d'Italia*; Cass., 24 de octubre de 2007, n. 22329, en *Leggi d'Italia*; Cass., 19 de agosto de 2015, n. 16909, en *Leggi d'Italia*; Cass., 12 de enero de 2016, n. 298, en *Leggi d'Italia*; Cass., 26 de julio de 2018, n. 19847, en *Leggi d'Italia*. Más recientemente, Cass., 7 de mayo de 2019, n. 12023, en *Leggi d'Italia*, que afirma este principio dederecho: «La separazione consensuale è un negozio di diritto familiare avente un contenuto essenziale - il consenso reciproco a vivere separati, l'affidamento dei figli, l'assegno di mantenimento ove ne ricorrano i presupposti - ed un contenuto eventuale, che trova solo occasione nella separazione, costituito da accordi patrimoniali del tutto autonomi che i coniugi concludono in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata, tanto che "in relazione a questi ultimi, detti patti non sono suscettibili di modifica (o conferma) in sede di ricorso "ad hoc" ex art. 710 c.p.c. o anche in sede di divorzio, la quale può riguardare unicamente le clausole aventi causa nella separazione personale, ma non i patti autonomi, che restano a regolare i reciproci rapporti ai sensi dell'art. 1372 c.c. Va altresì ricordato che i patti di separazione in tanto possono essere omologati in quanto siano conformi ai superiori interessi della famiglia».

²⁸ BALESTRA, *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 290 ss. analiza el caso en el que el acuerdo homologado es el paso final de un procedimiento de simulación, de modo que el acuerdo no homologado actúa como un negocio.

momento de la separación o del divorcio o, en cualquier caso, otras atribuciones patrimoniales a favor del cónyuge²⁹.

En esta perspectiva también podemos explicar la orientación jurisprudencial de los Tribunales italianos, que han considerado la nulidad de los acuerdos *a latere* no como absoluta, sino como relativa o, más precisamente, impugnabile solo por la parte en cuyo interés se establece la disciplina patrimonial de la separación o el divorcio. Con la consecuencia de que un posible acuerdo previo o que se llevan a cabo en el momento de la separación, por el que los cónyuges hubieran fijado la cantidad de la pensión alimenticia, sería ineficaz, si fuera invocado por la parte obligada, mientras que sería válido y eficaz, si fuera invocado por la parte con derecho a la pensión compensatoria³⁰.

En otras palabras, se ha consolidado la idea de que, dentro de los límites de los derechos establecidos en el artículo 160 CC It.³¹,

²⁹ Merece ser considerada, en sentido opuesto, aunque haya permanecido sustancialmente aislada, Cass., 30 de enero de 2017, n. 2224, en *Leggi d'Italia*, que, al recordar Cass., 10 de marzo de 2006, n. 5302, ha reafirmado, en contra de la tendencia mayoritaria, este principio de derecho: «Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico - patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione - specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio - potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio. La disposizione dell'articolo 5, comma 8, L. divorzio nel testo di cui alla legge 74/1987- a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico -, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati *secundum ius*, non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio».

³⁰ Cass., 14 de junio de 2000, n. 8109, en *Familia*, 2001, p. 243 ss., con nota de G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, «È valido ed è qualificabile come transazione l'accordo tra i coniugi che definisce alcune controversie di natura patrimoniale insorte in occasione della separazione tramite la corresponsione di una somma mensile da parte di uno di essi a favore dell'altro per tutta la vita di questi, ma senza alcun riferimento implícito o esplicito al futuro assetto dei rapporti economici conseguenti all'eventuale pronuncia di divorzio». Cass., 1º de diciembre de 2000, n. 15349, en *Leggi d'Italia*, «La nullità, per illiceità della causa, degli accordi económicos con cui i coniugi, in occasione della loro separación, fissano el regime del loro futuro ed eventuale divorzio può essere invocata exclusivamente en sede de divorzio, a tutela de chi richiede le prestazioni económicas, nel caso che il coniuge onerato invochi quegli accordi al fine di escludere il diritto dell'altro».

³¹ OBERTO, G. *Fam. dir.*, 2012b, p. 85 s.; OBERTO, *Fam. dir.*, 2012a, p. 805 s., ofrece una reconstrucción histórica del artículo 160 del Código Civil, teniendo en cuenta el sistema francés, y concluye, añadiendo argumentos «literales, lógicos y sistemáticos», de que no debe considerarse que la norma en cuestión se refiera a la fase patológica de la relación matrimonial. El argumento me parece poco convincente, porque no me parece que se considere adecuadamente el principio subyacente al artículo 160 CC It. y no me parece que se establezca una ponderación razonable. En mi opinión, la norma del artículo 160 CC It. se aplica tanto a la fase fisiológica como a la patológica de la relación matrimonial. Sin

los cónyuges podrán celebrar todos aquellos acuerdos de naturaleza patrimonial adoptados con vistas a una vida separada³² e incluso la cantidad de la pensión compensatoria, con la aclaración de que esta determinación sería ineficaz en el caso de que la ejecución sea solicitada por la parte obligada, mientras que sería eficaz en el caso de que la solicite el beneficiario.

Esta orientación jurisprudencial se explica si se considera la función que el ordenamiento jurídico italiano ha atribuido históricamente a la pensión compensatoria, considerada aún en nuestros días como una institución estrechamente vinculada al concepto de solidaridad posmatrimonial³³.

Por esta razón, considero que cualquier interpretación o modificación normativa que pretendiera atribuir carácter disponible a esta figura, terminaría por afectar al concepto mismo de solidaridad posmatrimonial³⁴. En consecuencia, no solo está en discusión un elemento de carácter patrimonial, sino la estructura general del propio sistema familiar. Desde mi punto de vista, sería deseable un cambio en la interpretación de la pensión compensatoria en orden a afirmar su disponibilidad cuando cumple una función equilibradora o compensatoria, sin perjuicio de mantener la indisponibilidad

embargo, esta norma no constituye un límite a la posibilidad de celebrar acuerdos prematrimoniales (en sentido contrario, GABRIELLI, *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 700, sino un límite a su contenido, ya que exige, como no podía ser de otra manera, incluso en su ausencia, que los acuerdos no infrinjan los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico italiano y, entre ellos, el principio de solidaridad postmatrimonial y el principio de igualdad entre los cónyuges.

³² También se aceptó la validez de una transacción realizada por los cónyuges en espera de una sentencia de separación y con el propósito de regular las relaciones patrimoniales. Así, Cass., 3 diciembre 2015, n. 24621, en *Fam. dir.*, 2016, p. 747 ss., con nota de A. CARRATTA, *La Cassazione e gli accordi fra i coniugi in pendenza del giudizio di separazione*.

³³ La solución es diferente en el derecho español, ya que el artículo 97 del Código Civil establece expresamente que la pensión compensatoria es materia disponible. Sobre la naturaleza dispositiva de esta disciplina, por todos, GARCÍA RUBIO, 1995, p. 140 ss. El texto de la norma del artículo 97 me parece bastante claro y en este sentido, entre las primeras sentencias del Tribunal Supremo, debemos considerar, STS (1.ª), 795/1987, de 2 de diciembre, Ponente Eduardo Fernández Cid de Temes, Roj: STS 8855/1987, en cuya motivación se lee: «es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente (artículo 142 y siguientes)». Sobre la renuncia a la pensión compensatoria, con argumentos muy convincentes, GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2003, p. 1653 ss.

Cabe señalar, sin embargo, que una minoría de la doctrina española, partiendo del supuesto de que la norma admite una disposición solo después de que haya surgido el derecho a la pensión, considera nulo un acuerdo previo sobre la pensión compensatoria. En este sentido, se dice que sería imposible renunciar a un derecho (así SAP Oviedo. 690/2000, de 12 de diciembre, Ponente M. del Pilar Muriel Fernández-Pacheco, Roj: SAP O 4745/2000) o que tal pacto constituye un ataque a la esencia misma del matrimonio (en esta línea, por ejemplo, (Cabezuelo Arenas, 2004, p. 30)).

³⁴ AULETTA, *Familia*, 2003, p. 62.

de los alimentos y de la propia pensión compensatoria cuando desempeña una función puramente asistencial³⁵.

Más allá de este ámbito concreto de la pensión compensatoria, al que prometo volver, no sin anticipar que, desde mi punto de vista, es apropiada una revisión significativa, los acuerdos de contenido patrimonial que no afectan a la pensión compensatoria se han considerado sustancialmente eficaces.

Desde esta perspectiva, también se han considerado válidos los acuerdos celebrados por los cónyuges antes de la sentencia de separación o divorcio, que implicaban una asignación de bienes. En particular, los tribunales italianos han venido considerando legítima la compensación entre el crédito reclamado por el excónyuge, debido al aumento de la pensión compensatoria ordenado por el juez, y una cantidad previamente abonada al cónyuge beneficiario por el excónyuge obligado a pagar la pensión compensatoria³⁶; o el acuerdo, confirmado conjuntamente por los cónyuges en el momento del divorcio, del que se desprende que una transferencia previa de bienes se admite como un pago *una tantum* de la pensión compensatoria³⁷. De manera similar, se consideraron válidos los acuerdos relativos a la vivienda asignada a uno de los cónyuges,

³⁵ La naturaleza de la pensión compensatoria es muy problemática. Aunque la última jurisprudencia italiana ha establecido que la pensión compensatoria tiene un carácter enteramente asistencial (véanse las notas nn. 60 y 61), también en lo que respecta a su contenido reequilibrador-compensatorio, me parece que la solución preferible debería ser muy diferente. Otro es el llamado contenido asistencial, con respecto al cual la naturaleza me parece ser evidente, otro es el contenido reequilibrador-compensatorio, con respecto al cual la naturaleza asistencial me parece que tiene que excluirse. Con la consecuencia de que la pensión compensatoria por la parte destinada a garantizar al cónyuge económicamente más débil el mismo nivel de vida del que disfrutó durante el matrimonio y, por lo tanto, en lo que respecta a su contenido reequilibrador-compensatorio, debe considerarse perfectamente disponible.

³⁶ Así, Cass., 21 de febrero de 2001, n. 2492, en *Leggi d'Italia*.

³⁷ Cass. 9 de octubre de 2003, n. 15064, en *Leggi d'Italia*, que ha afirmado este principio de derecho: «ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a pre-determinare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo; è consentito, invece, che le parti, in sede di divorzio, dichiarino espressamente che, in virtù di una pregressa operazione (ad es. trasferimento immobiliare) tra di esse, l'assegno di divorzio sia già stato corrisposto una tantum con conseguente richiesta il giudice di stabilire conformemente l'assegno medesimo, ma in assenza di tale inequivoca richiesta è inibito al giudice di determinare l'assegno riconoscendone l'avvenuta corresponsione in unica soluzione. Del tutto diversa è l'ipotesi in cui le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richieda un assegno (tale regolamento, infatti non necessariamente comporta la corresponsione di un assegno una tantum potendo le parti avere regolato diversamente i propri rapporti patrimoniali e riconosciuto, sulla base di ciò, la sussistenza di una situazione di equilibrio tra le rispettive condizioni economiche con conseguente non necessità della corresponsione di alcun assegno), nel qual caso l'accordo è valido per l'attualità, ma non esclude che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possa giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'altra. (Nella fattispecie la S. C. ha confermato la sentenza di merito la quale, escluso che i coniugi avessero dichiarato l'avvenuta corresponsione una tantum dell'assegno di divorzio in virtù di una precedente operazione di trasferimento immobiliare, aveva proceduto alla determinazione dell'assegno medesimo su richiesta di modifica delle condizioni di cui alla sentenza di divorzio presentata da uno degli ex coniugi)».

en los que el matrimonio pactó la futura venta de la vivienda familiar³⁸, o en los que limitó el derecho del cónyuge asignatario a usar la vivienda durante todo el tiempo que durara su convivencia con el hijo mayor de edad³⁹. Por último, se consideraron también válidos los acuerdos relativos al cuidados materiales de los hijos, en particular aquel por el que uno de los padres cumplía esencialmente su obligación mediante la transferencia de bienes inmuebles⁴⁰.

Este importante reconocimiento de los acuerdos patrimoniales entre cónyuges destinados a regular su relación con miras a establecer una vida separada ha planteado interesantes problemas de calificación que afectan a los derechos de terceros. Desde este punto de vista, las respuestas ofrecidas por la jurisprudencia italiana, que me parecen compartibles, han terminado básicamente por reforzar la convicción de que la celebración de estos acuerdos no solo es admisible, sino también que está protegida.

En efecto, en cuanto a la posible sujeción de estos acuerdos a la acción de revocación (*ex art. 2901 CC It.*) por parte de los acreedores, la Corte de Casación ha excluido con certeza que se trate de una liberalidad y ha precisado que su trazabilidad dentro de la categoría de actos onerosos o gratuitos depende del caso concreto, debiendo verificar si el acuerdo concreto implica, o no, un arreglo compensatorio de todas las relaciones patrimoniales entre los cónyuges⁴¹. Con la importante consecuencia de que gran parte de estos acuerdos se consideran, sin más, onerosos y, por lo tanto, difícilmente sujetos a una acción de revocación por parte de los acreedores.

Por otra parte, la Corte de Casación, tras cierta incertidumbre inicial⁴², ha declarado que la transmisión entre los cónyuges de un inmueble, para cuya adquisición el comprador había disfrutado de beneficios fiscales, no conlleva la pérdida de esos beneficios, ya que dicha transmisión constituye un acto relativo al procedimiento de separación y divorcio y, por tanto, un acto que no puede implicar la

³⁸ Cass., 22 de noviembre de 2007, n. 24321, en *Fam. dir.*, 2008, p. 446, con nota de G. CASABURRI, *Separazione consensuale dei coniugi ed accordi patrimoniali atipici tra i coniugi: ammissibilità e impugnazione*, pp. 450-454.

³⁹ Cass., 13 de enero de 2012, n. 387, en *Leggi d'Italia*.

⁴⁰ Cass., 23 de septiembre de 2013, n. 21736, en *Leggi d'Italia*, ha afirmado este principio de derecho: «La convenzione intervenuta tra i coniugi in sede di separazione consensuale, con la quale essi pattuiscono un trasferimento di beni ai figli a titolo gratuito e in funzione di adempimento dell'obbligo di mantenimento, non è nulla qualora garantisca il risultato solutorio, non essendo in contrasto con norme imperative o con diritti indisponibili».

⁴¹ Cass. 5 de julio de 2018, n. 17612, en *Leggi d'Italia*; Cass., 15 de abril de 2019, n. 10443, en *Leggi d'Italia*.

⁴² Cass., 3 de febrero de 2014, n. 2263, en *Leggi d'Italia*, ha afirmado este principio de derecho: «L'attribuzione al coniuge della proprietà della casa coniugale, inadempimento di una condizione inserita nell'atto di separazione consensuale, intervenuta nel quinquennio dall'acquisto integra causa di decadenza dalle agevolazioni fiscali previste per la "prima casa"».

pérdida de los beneficios fiscales obtenidos en el momento de la compra, a menos que la Administración tributaria pueda demostrar que dicha transmisión tenía una finalidad puramente elusiva⁴³.

IV. PACTOS EN PREVISIÓN DE UNA RUPTURA MATRIMONIAL

Las consideraciones hechas en las páginas anteriores demuestran, sin lugar a duda, la gran importancia que ha adquirido la autonomía privada en la gestión de la crisis familiar⁴⁴. Sin embargo, en los casos examinados, la autonomía privada cobra importancia en un momento en que la crisis del matrimonio ya existe, aunque la pareja no haya iniciado aún los procedimientos de separación o divorcio. En los casos examinados, el acuerdo de los cónyuges es, o bien el requisito previo para la solicitud a petición de ambos cónyuges de separación o divorcio⁴⁵, o bien el instrumento para regular determinados asuntos patrimoniales ya definidos o no definidos expresamente por la resolución de separación y/o divorcio⁴⁶.

Diferente y de mayor interés es el caso en el que los cónyuges quieren regular sus relaciones (especialmente las económicas) en caso de crisis, cuando la crisis no ha surgido o incluso antes de que se celebre el matrimonio⁴⁷.

⁴³ Cass., 3 de febrero de 2016, n. 2111, en *Leggi d'Italia*; Cass., 17 de febrero de 2016, n. 3110, en *Leggi d'Italia*; Cass., 16 de marzo de 2016, n. 5156, en *Leggi d'Italia*; Cass., 29 de marzo de 2017, n. 8104, en *Leggi d'Italia*; Cass., 21 de septiembre de 2017, n. 22023, en *Leggi d'Italia*. Todas estas decisiones afirman el siguiente principio de derecho: «in tema di agevolazioni “prima casa”, il trasferimento dell’immobile prima del decorso del termine di cinque anni dall’acquisto, se effettuato in favore del coniuge in virtù di una modifica delle condizioni di separazione, pur non essendo riconducibile alla forza maggiore, non comporta la decadenza dai benefici fiscali, attesa la ratio dell’art. 19 della L. 74 del 1987, che è quella di favorire la complessiva sistemazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi in occasione della crisi, escludendo che derivino ripercussioni fiscali sfavorevoli dagli accordi intervenuti in tale sede».

⁴⁴ TAGLIAFERRI, 2018, p. 175 ss.

⁴⁵ GORGONI, 2018, p. 291 ss.

⁴⁶ Precisamente con el fin de distinguir los acuerdos prematrimoniales, las capitulaciones matrimoniales y los acuerdos de separación o divorcio, ORTIZ VIDAL, *RJRM*, 2018, p. 72, dice: «los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura se otorgarán, necesariamente, con una antelación suficiente al momento de celebración del matrimonio, mientras que, las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes o después del enlace y el convenio regulador ha de formalizarse siempre en el momento en el que surge la crisis matrimonial».

⁴⁷ Según AGUILAR RUIZ, 2014b, p. 105 ss., AGUILAR RUIZ, 2014a, p. 21 ss., los denominados acuerdos prenupciales pueden dividirse en tres categorías: a) acuerdos celebrados antes del matrimonio y destinados a regular aspectos (derechos y obligaciones) de la pareja; b) acuerdos destinados a regular aspectos de la herencia; c) acuerdos prematrimoniales destinados a regular las consecuencias de una posible ruptura del matrimonio. Se entiende que en este trabajo solo trataré la tercera categoría, prestando especial atención a los perfiles patrimoniales.

No se trata, pues, de acuerdos que regulen las relaciones patrimoniales entre los cónyuges cuando la crisis ya ha surgido, sino de acuerdos en función de una crisis posible y futura⁴⁸, es decir, esa figura, muy difundida en los sistemas de *common law* y conocida como acuerdos prematrimoniales o prenupciales⁴⁹ o, aún mejor, pactos en previsión de una ruptura matrimonial (a partir de ahora: pactos prematrimoniales o prenupciales). El contenido de estos acuerdos está fuertemente relacionado con el poder que cada sistema jurídico atribuye al juez en una crisis familiar, ya que generalmente tienen la función de limitar o dirigir este poder⁵⁰. Por esta razón, no es sorprendente que en Italia la historia de los acuerdos prematrimoniales esté fuertemente relacionada con los problemas patrimoniales y, especialmente, con el tema de la pensión compensatoria, es decir, con esa atribución patrimonial que, esencialmente, es establecida por el juez (que determina tanto las condiciones como la cantidad que uno debe abonar al otro).

Con respecto a esta hipótesis, la casuística italiana es mucho menos extensa y la actitud de la jurisprudencia es obviamente mucho más restrictiva.

La arraigada convicción de que la autonomía privada, aunque se manifieste en una fase de crisis del matrimonio, no puede, sin embargo, tener por objeto (el contenido esencial) ni el mutuo consentimiento para vivir separados, ni la custodia de los hijos, ni, perfil más significativo, la pensión compensatoria, ha limitado de forma marcada el ámbito de validez de estos posibles acuerdos prematrimoniales.

⁴⁸ GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2585 distingue entre los pactos en previsión de una ruptura matrimonial (art. 231-20 CCCat) y los pactos que se pueden celebrar para regular de forma anticipada los efectos del cese de la convivencia en una pareja estable (art. 234-5 CCCat). En sede matrimonial se distingue entre los pactos pre-ruptura y los pactos post-ruptura. Los pactos pre-crisis o pre-ruptura se distinguen entre pactos prenupciales y pactos post-nupciales, según sean celebrados antes o después del matrimonio. Los pactos post-ruptura se distinguen entre aquellos que se mantienen fuera del convenio regulador y los que integran el contenido de un convenio regulador.

⁴⁹ Para un estudio comparativo amplio y completo, véase, por todos, CERVILLA GARZÓN, 2013, p. 3 ss., que aclara: «a diferencia de lo que podría pensarse, no es esta una materia que goce de una larga tradición en el Derecho estadounidense, pues su admisión no empieza a plantearse hasta 1972, como consecuencia de una sentencia, ya emblemática (caso *Posner v. Posner*), que marca el punto de inflexión e inicia el debate hacia su admisibilidad». CERVILLA GARZÓN, *Diario La Ley*, 2013, p. 1 ss.; CERVILLA GARZÓN, *RDC*, 2017, p. 3 ss.; GASPAR LERA, *InDret*, 2012, p. 3 ss.; SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 2 ss.; FUSARO, *N. G. C. C.*, 2012, p. 475 ss.; FUSARO, 2018, p. 7 ss.

⁵⁰ No puede ser una coincidencia, como señala LAS CASAS, *Contratti*, 2013, p. 913 ss., que en la experiencia norteamericana estos pactos tenían un contenido diferente según las reglas del régimen económico matrimonial. En los Estados que aceptaban el modelo de la llamada *community of property*, los pactos tenían la función de modificar el criterio predeterminado de partición de los bienes en proporción de la mitad a cada cónyuge, mientras que en los Estados que aceptaban un modelo de *equitable distribution*, tenían la función de limitar la facultad discrecional del juez.

La jurisprudencia italiana, de hecho, ha negado la validez no solo del acuerdo prematrimonial por el que los cónyuges se proponen resolver todos los aspectos patrimoniales de la crisis, sino también el acuerdo prematrimonial por el que los cónyuges solo acuerdan la pensión compensatoria (los que excluyen la pensión o los que determinan su cuantía o su duración).

Los argumentos en favor de la invalidez de un acuerdo sobre la pensión compensatoria, ya sea para excluirla o para establecer su cuantía y/o el tiempo por el que se debe pagar, son fáciles de adivinar.

No me convence el argumento sobre la indisponibilidad del *status*, según el cual una posible disposición sobre la pensión compensatoria podría afectar a la libertad de los cónyuges con respecto a la disolución del vínculo matrimonial.

En una visión contemporánea de nuestra sociedad, en la que se han eliminado progresivamente todos los obstáculos formales a la igualdad entre hombres y mujeres y en la que se ha producido básicamente, aunque no se puede decir que el camino esté completamente terminado⁵¹, un reconocimiento igualitario del papel del género tanto dentro como fuera de la familia⁵², no creo que un acuerdo sobre la pensión compensatoria pueda afectar realmente, de una manera u otra, a la libertad de los cónyuges⁵³ con respecto a la disolución del vínculo⁵⁴. Por lo tanto, el argumento no me parece que tenga un sustento sustancial y su mención por la jurisprudencia más reciente me parece más un homenaje a la tradición o una repetición cansada de una antigua máxima que un argumento eficaz para afirmar la nulidad del pacto.

En el ordenamiento jurídico italiano, hay otras razones que pueden justificar la nulidad de un acuerdo prematrimonial sobre la pensión compensatoria y me parece que ellas se reúnen en torno a dos ideas principales. Una de carácter puramente técnico, y por lo tanto más fácil de superar, que se refiere a la disposición de un

⁵¹ Véase el D. L.vo. 11 de abril de 2006, n. 198, llamado Código de igualdad de oportunidades para hombres y mujeres. Hay muchas otras normas nacionales y supranacionales que no es necesario recordar.

⁵² GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2582 s.

⁵³ HIJAS CID, *La Ley*, 2019, p. 54 s. no está de acuerdo con ninguna de las dos principales objeciones planteadas contra la admisibilidad de los pactos patrimoniales: que afectan a la libertad a contraer matrimonio con plena autonomía, que restringen la libertad de decidir sobre la separación y el divorcio. «En cuanto a la primera, llevada al extremo, impediría otorgar a los cónyuges capitulaciones prenupciales pactando un régimen de separación de bienes y, respecto a la segunda, no puede entenderse como un verdadero obstáculo, dado que, en ocasiones, es el propio legislador el que dificulta la decisión de la separación o divorcio (regulando la pensión compensatoria) y, sin embargo, no se considera que vulnere el principio constitucional de libertad».

⁵⁴ Según BARASSI, 1940, p. 153, estos acuerdos eran radicalmente nulos, porque eran inmorales.

derecho futuro⁵⁵, y otra de carácter más sustancial, y por lo tanto mucho más compleja de superar, que se refiere a la función «asistencial» de la pensión compensatoria y al concepto de solidaridad post-matrimonial. Empecemos con la primera.

Un acuerdo prematrimonial por el que los novios y/o los cónyuges establecen una regulación de la pensión compensatoria en caso de crisis acabaría siendo un acuerdo por el que se dispone, a menudo en términos de renuncia, no solo de un derecho futuro y posible, sino, sobre todo, de un derecho cuya determinación, al menos según el marco normativo vigente, depende de variables difíciles de sopesar de antemano, como por ejemplo, la condición de los cónyuges y sus ingresos en el momento de la crisis, la duración del matrimonio, la contribución personal y económica de cada uno a la gestión de la familia y la contribución de cada uno a la formación del patrimonio común. Se trataría, pues, de una renuncia previa a un derecho futuro⁵⁶ o, más exactamente, de la disposición de un derecho futuro cuya existencia y alcance depende de variables absolutamente indeterminadas y no especificadas en el momento en que se realiza el acto de disposición.

Este argumento, que también sugiere que la validez de este acuerdo debe evaluarse con gran cautela, considerado por sí solo, no me parece, sin embargo, técnicamente capaz de excluir su validez. El ordenamiento jurídico italiano, en la medida en que evalúa con especial cautela los actos de disposición de derechos futuros (véanse, por ejemplo, los artículos 458 y 771 CC It.), no excluye de raíz su validez (véanse, por ejemplo, los artículos 820, 1348, 1472, 1938 y 2823 CC It.), refiriéndose, esencialmente, a las evaluaciones que conciernen a los méritos del negocio, proporcionando, si es necesario, cierta cautela en relación con la futuridad del crédito.

En definitiva, me parece que el argumento basado en la renuncia previa a un derecho futuro e indeterminable en el momento de la disposición, que es un argumento difícil, no permite, por sí solo, excluir la invalidez del acuerdo, ya que es bien posible identificar una justificación adecuada para ello.

Más problemático de superar, sin embargo, es el argumento que ha recurrido a la función asistencial de la pensión compensatoria.

⁵⁵ COPPOLA, 2005, p. 3 ss.; BARBA, 2008, p. 239 ss.

⁵⁶ COPPOLA, 2005, p. 212 ss. Con referencia al derecho español, GARCÍA RUBIO, ADC, 2003, p. 1662: «Tal argumentación parte de una petición de principio contradictoria con la regla dimanante del artículo 1271.1 del Código Civil ... Tampoco se coherencia con el artículo 6.2 del mismo cuerpo legal del que se deriva el principio general de renunciabilidad de los derechos, cuya expresa excepción no depende de la condición futura del derecho renunciado, sino de que tal renuncia contraría el interés o el orden público o perjudique a tercero».

Al final de un largo y difícil camino, que comenzó en 1990⁵⁷, continuó en 2015⁵⁸ y 2017⁵⁹ y, finalmente, se detuvo provisionalmente con la decisión de las Secciones Unidas de la Corte de Casación en 2018⁶⁰, se ha establecido y reforzado la idea de que la pensión

⁵⁷ Cass., Sez. Un., 29 de noviembre de 1990, n. 11490, en *Foro it.*, 1991, I, 1, p. 67 ss., con nota de E. QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, y de V. Carbone, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*; Cass., SS. UU., 29 novembre 1990, n. 11492, en *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1410 ss., con nota de P. COLELLA, *La Cassazione «riflette» en tema di assegno divorzile*. Queste due sentenze modificano l'orientamento fino ad allora prevalente ed espresso, da ultimo da Cass., 2 marzo 1990, n. 1652, en *Dir. fam.*, 1990, I, p. 437 ss., con nota de G. NAPPI, *Assegno divorzile e principio di solidarietà postconiugale*, e di F. Dall'Ongaro, *L'art. 10 della legge 74/87 ed il dissidio sul concetto di mezzi adeguati*; en *Foro it.*, 1990, I, c. 1165 ss., con *Osservazioni* di F. Macario e nota de E. Quadri, *La Cassazione «rimedita» il problema dell'assegno di divorzio*; en *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 925 ss., con nota de S. SOTGIU, *Il concetto di «adeguatezza dei mezzi» nell'attribuzione dell'assegno di divorzio*; en *Corr. giur.*, 1990, p. 459 ss., con nota de V. CARBONE, *Il «tenore di vita» del coniuge divorziato*; en *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2390 ss., con nota de A. SPADAFORA, *Il presupposto fondamentale per l'attribuzione dell'assegno di divorzio nell'ottica assistenzialistica della riforma del 1987*. Su questa sentenza, anche, le osservazioni critiche di (Bianca, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, 1990, p. 537 ss.).

⁵⁸ Corte cost., 11 de febrero de 2015, n. 11, en *Fam. dir.*, 2015, p. 537 ss., con nota de E. AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoreponsabilità*.

⁵⁹ Cass., 10 de mayo de 2017, n. 11504, en *Fam. dir.*, 2017, p. 636 ss., con nota de E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra auto responsabilità e solidarietà post-coniugale*, *ivi*, p. 642 ss.; en *Quotidiano giur.*, 2017, 7 ss., con notas de F. Tommaseo, *La Prima Sezione sui criteri per stabilire an e quantum dell'assegno divorzile: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione?* e di Scalera, *Assegno divorzile: l'indipendenza economica del coniuge è il nuovo parametro di riferimento*; en *Dir. succ. fam.*, 2017, con nota de F. VITERBO, *L'an e il quantum dell'assegno di divorzio: una valutazione da effettuare in concreto*; en *Foro it.*, 2017, I, c. 1859 ss., con notas de G. Casaburri, *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi di antico*, de C. Bona, *Il revirement sull'assegno divorzile e gli effetti sui rapporti pendenti*, e di A. Mondini, *Sulla determinazione dell'assegno divorzile la sezione semplice decide «in autonomia»*. *Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno*. Cfr. BIANCA, *Giustizia civile.com*, 2017, p. 1 ss.; SPADAFORA, *Giustizia civile.com*, 2017, p. 1 ss.; BARBA, *Giustizia civile.com*, 2017, p. 1 ss.

⁶⁰ Cass., Sez. Un., 11 de julio de 2018, n. 18287, en *Fam. dir.*, 2018, p. 1019, con nota de E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite*; en *Giustiziacivile.com*. 24 luglio 2018, con nota de E. AL MUREDEN, *Parità tra coniugi e funzione perequativa dell'assegno divorzile dopo la decisione delle Sezioni Unite*; en *Giustiziacivile.com*. 24 luglio, con nota de L. BALESTRA, *L'assegno divorzile sotto la lente delle Sezioni Unite*; en *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1857, con nota de G. F. BASINI, *Le sezioni unite ripensano i criteri di attribuzione, e rideterminano la funzione, dell'assegno post-matrimoniale*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1601, con nota de C. BENANTI, *La «nuova» funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*; en *Fam. dir.*, 2018, p. 955, con nota de C. M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*; en *Foro it.*, 2018, p. 2703, con nota de M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?* (Nota a Cass. 11 luglio 2018, n. 18287, e 27 giugno 2018, n. 16982); en *Foro it.*, 2018, p. 2699, con nota de G. CASABURI, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica «terza via»* (Nota a Cass. 11 luglio 2018, n. 18287, e 27 giugno 2018, n. 16892); en *Dirittoegustizia.it*, 2018, con nota de A. DI LALLO, *Non tutti i matrimoni sono uguali. Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: la rilevanza del contributo dell'ex coniuge alla famiglia*; en *Foro it.*, 2018, p. 3615, con nota de A. MORACE PINELLI, *L'assegno divorzile dopo l'intervento delle sezioni unite* (Nota a Cass. 11 luglio 2018, n. 18287); en *Corr. giur.*, 2018, p. 1186, con nota de S. PATTI, *Assegno di divorzio: il «passo indietro» delle sezioni unite*; en *Giur. it.*, 2018, p. 1843, con nota de C.

compensatoria tiene una función asistencial, aunque está compuesta, también, por un contenido reequilibrador y compensatorio⁶¹.

De acuerdo con esta orientación, se afirma que la pensión compensatoria se debe cuando uno de los cónyuges no tiene medios adecuados (para conservar el mismo nivel económico de que gozaba durante el matrimonio) o se encuentra en una imposibilidad objetiva de obtenerlos, en el entendimiento de que esa insuficiencia y/o imposibilidad no puede prescindir del análisis de las características y la distribución de las funciones en el seno de la familia. Desde esta perspectiva, se dice que la pensión compensatoria sirve para igualar el desequilibrio económico y patrimonial que es atribuible etiológicamente a las opciones de vida en común de los cónyuges, los roles endofamiliares, en relación con la duración del matrimonio y la edad de los cónyuges⁶².

Según esta interpretación, que ciertamente mitiga la solución adoptada por la Corte de Casación en 2017, pero que, en cualquier caso, va más allá y debilita la orientación anterior de 1990, es evidente que la pensión compensatoria es un instrumento mediante el cual el ordenamiento jurídico pretende realizar y aplicar la solidaridad postmatrimonial⁶³.

La jurisprudencia italiana es firme en esta opinión contraria, aunque yo creo que la pensión compensatoria, en su contenido reequilibrador y compensatorio, no tenga ninguna función asisten-

RIMINI, *Assegno divorzile - il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; en *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 897, con nota de G. SAVI, *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico*.

⁶¹ En uno de los pasos más significativos de los fundamentos de derecho de Cass., Sez. Un., 11 de julio de 2018, n. 18287, *cit.*, se lee: «ne consegue che la funzione assistenziale dell'assegno di divorzio si compone di un contenuto perequativo-compensativo che discende direttamente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà e che conduce al riconoscimento di un contributo che, partendo dalla comparazione delle condizioni economico-patrimoniali dei due coniugi, deve tener conto non soltanto del raggiungimento di un grado di autonomia economica tale da garantire l'autosufficienza, secondo un parametro astratto ma, in concreto, di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate, in considerazione della durata del matrimonio e dell'età del richiedente». Ponendo en relieve que «il criterio individuato proprio per la sua natura composita ha l'elasticità necessaria per adeguarsi alle fattispecie concrete perché, a differenza di quelli che si sono in precedenza esaminati non ha quelle caratteristiche di generalità ed astrattezza variamente criticate in dottrina». Con la conseguenza di riuscire a ad adattarsi alla molteplicità dei casi e dei «modelli familiari».

⁶² No me convence la idea de que la pensión compensatoria también tiene una función asistencial en su contenido reequilibrador-compensatorio. Véase nota n. 35. En este sentido PALAZZO, *Giust. civ.*, 2017, p. 132, que afirma: «se il coniuge che è autosufficiente economicamente, avendo una propria dignitosa attività lavorativa fonte di reddito, intenda rinunciare, al fine di definire i rapporti della crisi coniugale, a quel più elevato tenore di vita di cui ha potuto usufruire in costanza di convivenza matrimoniale in forza delle maggiori capacità reddituali dell'altro coniuge, non è dato rinvenire una valida ragione giustificatrice per negarlo, salvo il diritto alla corresponsione degli alimenti».

⁶³ AULETTA, *Familia*, 2003, p. 62

cial, de ahí que tendría que, al menos por la parte reequilibradora y compensatoria, considerarse libremente disponible.

De la afirmación jurisprudencial del carácter enteramente asistencial de la pensión compensatoria se desprende que cada renuncia o disposición hecha ante la crisis de la pareja podría, en esencia, terminar por socavar la aplicación del principio de solidaridad.

Esto no implica que tal solución no pueda plantearse, sino solo que para su realización es oportuna una clara intervención normativa, ya que todo intento interpretativo de signo distinto es demasiado frágil al basarse o bien en una interpretación antiliteral de la norma, fácil de ser contrastada por parte de la jurisprudencia, o bien en principio de libre determinación de los intereses entre los cónyuges, que no basta según la jurisprudencia italiana para justificar la admisibilidad de un acuerdo prematrimonial sobre la pensión compensatoria.

Desde esta perspectiva, creo que debe ser leída la jurisprudencia italiana cuando declara nulo cualquier acuerdo relativo a la pensión compensatoria (ya sea en función de la regulación de una crisis familiar ya surgida o en función de una crisis solo posible y futura).

Desde mi punto de vista propondría una interpretación muy restrictiva de la pensión compensatoria (y, por lo tanto, mucho menos amplia que la última propuesta por las Secciones Unidas de la Corte de Casación de 2018, y similar a la que hizo la Corte de Casación de 2017⁶⁴) y, una nueva disciplina sobre esta figura más necesaria que nunca⁶⁵. Esa disciplina tiene que establecer claramente que el carácter asistencial de la pensión compensatoria no puede relacionarse con su perfil compensatorio y/o reequilibrador y, en consecuencia, permitir a los cónyuges disponer, incluso antes de que se celebre el matrimonio, las consecuencias personales y patrimoniales que deben seguir a una futura e hipotética crisis. Tal disciplina, aunque acompañada de una serie de precauciones que me propongo ilustrar, me parece apropiada e indispensable, también a la vista de la situación actual, por lo que me parece que nuestro ordenamiento jurídico debe proceder de manera convincente y rápida en esta dirección.

Para ello, creo que sería útil considerar la experiencia comparada dimanante de la doctrina del Tribunal Supremo español, que, ante un tejido normativo no muy diferente del de Italia, llega a conclusiones sustancialmente distintas.

⁶⁴ BARBA, *Giustizia civile.com*, 2017, p. 1 ss.

⁶⁵ En el sentido de admitir también la disponibilidad de la pensión compensatoria, OBERTO, 1999, p. 387 ss.; OBERTO, *Fam. dir.*, 2003, p. 495 ss. OBERTO, 2006, p. 352; AL MUREDEN, *Familia*, 2002, p. 990 ss.

En su primera y importante sentencia sobre el asunto⁶⁶, el Tribunal afirma la validez de un acuerdo prematrimonial en el que los cónyuges habían acordado «que en el supuesto hipotético, de que su relación se deteriorara, y esto les llevara a solicitar la separación matrimonial, y con objeto de evitar entre ellos mutuas reclamaciones y contenciosos judiciales, acuerdan en este acto que el Sr. Cecilio abonará a la Sra. Tomasa, por todos los conceptos, y como renta mensual vitalicia la cantidad de mil doscientos (1.200) euros. En el supuesto de producirse dicha separación la cantidad mensual antes mencionada se actualizará anualmente por aplicación del IPC».

El Tribunal Supremo afirma la validez de este pacto, descartando la existencia de una norma expresa de prohibición y precisando que ese pacto no implica una violación del principio de igualdad entre los cónyuges ni un perjuicio para los intereses de los menores⁶⁷. En última instancia, afirma la validez del pacto porque: no supone una renuncia a los derechos; no es contrario a la ley, a la moral o al orden público; no queda su cumplimiento al arbitrio de uno de los cónyuges, ni presupone el fomento de la crisis; no queda cuestionada la igualdad entre los cónyuges; no infiere una situación de abuso de uno de los cónyuges con respecto al otro; no es un pacto sobre la pensión compensatoria, sino sobre una renta vitalicia mensual; no se dan las condiciones para que se aplique la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Esta decisión se confirma sustancialmente en dos sentencias posteriores en 2018⁶⁸.

La primera⁶⁹ afirma la validez de un acuerdo prematrimonial, celebrado seis meses antes de la celebración del matrimonio, en virtud del cual los cónyuges, uno español y otra rusa, acordaron que en caso de separación o divorcio nadie reclamaría una pensión compensatoria y que el uso de la vivienda familiar correspondería,

⁶⁶ STS (1.ª. 392/2015 de 24 junio, Ponente: F. J. Arroyo Fiestas, Roj: STS 2828/2015. Antes de esta sentencia es apropiado señalar STS (1.ª. 217/2011 de 31 de marzo, Ponente: Encarnación Roca Trías, ROJ: STS 2158/2011, que admitió la validez del pacto, aunque fue concluido después de la crisis matrimonial. Véase las consideraciones de QUICIOS MOLINA, *CCJC*, 2016, p. 191 ss.

⁶⁷ En los fundamentos de derecho de la sentencia se lee: «de lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el artículo 90.2 del C. Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido el artículo 39 de la Constitución cuando establece la protección de la familia y de la infancia».

⁶⁸ CERVILLA GARZÓN, *Diario La Ley*, 2018, p. 1 ss.; RODRÍGUEZ GUITIÁN, *CCJC*, 2019, p. 261 ss.

⁶⁹ STS (1.ª. 315/2018 de 30 de mayo, Ponente: F. J. Arroyo Fiestas, Roj: STS 1925/2018.

en todo caso, al marido, propietario del bien⁷⁰. El Tribunal Supremo, tras especificar que la cónyuge rusa podía entender perfectamente el significado del acuerdo, descartó que el mismo fuera contrario al orden público o que vulnerara la igualdad, la libertad y la dignidad de la mujer⁷¹.

La segunda sentencia⁷² afirma la validez de un acuerdo prenupcial por el cual los cónyuges habían establecido previamente su contribución mutua al cuidado de los hijos menores⁷³, especificando que dicho acuerdo será válido siempre y cuando no sea contrario al interés superior del menor⁷⁴ o de los menores interesados⁷⁵.

Me parece, pues, que la experiencia española⁷⁶ debe ser tomada en la máxima consideración no solo porque las disciplinas existentes en Italia y España en esta materia son muy similares, sino, sobre todo, porque demuestra que la aplicación del principio de solidaridad postmatrimonial puede ser interpretado de manera diferente y no debe implicar la nulidad de los acuerdos prematrimoniales y, en todo caso, que una revisión de la disciplina es muy apropiada y necesaria.

⁷⁰ Según la sentencia, el pacto tenía el siguiente contenido: «que para el supuesto de separación o divorcio ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal que se fija en Valencia, PLAZA000 NUM000, puerta NUM001, cuyo uso corresponderá al Sr. José Miguel, renunciando expresamente Dña. Gloria al uso y posesión del mismo en el supuesto de separación o divorcio, al tener carácter privativo del esposo, compensando, si fuera procedente, la atribución del uso con el alquiler de una vivienda adecuada, en el caso de que hubiera hijos comunes de los que se le atribuyera la custodia para su ocupación por Dña. Gloria, y los menores a su cargo».

⁷¹ Se lee en los fundamentos de derecho de la sentencia: «de lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dña. Gloria, por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz. Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14, 17 y 19 de la Constitución). En base a todo ello no puede entenderse infringida la doctrina jurisprudencial recogida en sentencia 392/2015, de 24 de junio, recurso núm. 2392/2013».

⁷² STS (1.ª. 569/2018 de 15 de octubre, Ponente: E. Baena Ruiz, Roj: STS 3485/2018.

⁷³ Véase, sobre el tema, CERVILLA GARZÓN, *La Ley DF*, 2016, p.1 ss.

⁷⁴ En los fundamentos de la sentencia se lee: «los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el artículo 1814 CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores».

⁷⁵ Afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN, *RJUAM*, 2018, p. 111, que la diferencia entre las dos primeras sentencias y la tercera está en que en las dos primeras los pactos crean *ex novo* un derecho a favor de uno de los cónyuges que no está previsto por el legislador (constitución de una renta vitalicia a favor de la novia sin que exista un desequilibrio patrimonial ni una situación de necesidad); en la tercera, en cambio, el pacto tiene por objeto la renuncia a los derechos reconocidos por la disciplina sobre la ruptura matrimonial (pensión compensatoria del art. 97 CC y atribución del uso de la vivienda familiar del art. 96 CC).

⁷⁶ SILLERO CROVETTO, *RCDI*, 2018, p. 2793, y SILLERO CROVETTO, 2018, p. 400, afirma que, a falta de prohibición, los acuerdos prenupciales son válidos cuando: a) cumplen los requisitos de validez de los contratos en general; b) garantizan y protegen la igualdad entre los cónyuges; c) garantizan y protegen los intereses de los menores, en su caso.

En Italia hace falta, de modo similar a lo que ha pasado en España, afirmar que el principio de solidaridad posmatrimonial que, por lo que concierne a lo patrimonial, se refiere únicamente al pago de una pensión de naturaleza únicamente asistencial⁷⁷, que sirva solo para satisfacer las necesidades básicas del cónyuge que no dispone de medios suficientes; cualquier otra atribución patrimonial, aunque sea periódica, con función equitativa o reequilibradora o punitiva, aunque sea atribuible a las elecciones de los cónyuges, es de carácter dispositivo y, por lo tanto, puede ser objeto de un acuerdo entre los cónyuges⁷⁸. Me parece que esta es la única forma de hacer que el derecho matrimonial italiano sea coherente con las necesidades que surgen en la época contemporánea, sin renunciar al respeto del principio de solidaridad.

V. ACUERDOS DISCRIMINIS FAMILIAE CAUSA Y POST DISCRIMEN FAMILIAE

Frente a una tendencia de cierre firme de la jurisprudencia italiana sobre la validez de los acuerdos prematrimoniales que regulan la crisis familiar o de los que solo regulan la pensión compensatoria, hubo dos interesantes sentencias de la Corte de Casación que han afirmado la validez de unos acuerdos prenupciales, que regulaban determinados perfiles patrimoniales.

Aunque las reacciones de una parte de la doctrina italiana han sido particularmente entusiastas, me parece que su importancia debe reducirse sustancialmente, ya que, como trataré de aclarar, se trata de decisiones que, en definitiva, no admiten la validez de un acuerdo matrimonial en función de la crisis matrimonial, sino, más sencillamente, la validez de un contrato entre cónyuges cuya eficacia está condicionada a que se produzca la crisis matrimonial.

⁷⁷ De lo contrario, se corre el riesgo de que el cónyuge económicamente «débil» renuncie al subsidio de manutención y, posteriormente, solicite el llamado subsidio social que debe pagar el Estado. La hipótesis, sin embargo, es decidida, en sentido contrario, por dos tribunales italianos, el primero de los cuales ha negado la prestación, mientras que el segundo ha admitido al solicitante, suponiendo que el «Instituto Nacional de Seguridad Social» no puede investigar las razones que llevaron al cónyuge a renunciar a la prestación. Para información sobre esta jurisprudencia, véase DI FEO, *Lav. giur.*, 2015, p. 297 ss.

⁷⁸ Hay que considerar que la naturaleza de la pensión compensatoria prevista por la ley italiana, precisamente por su función híbrida, es diferente de la pensión compensatoria regulada por el derecho común español, mientras que es muy similar a la regulada por el derecho civil catalán. Desde este punto de vista, creo que la experiencia catalana puede ayudar y ofrecer argumentos útiles para afirmar en Italia la disponibilidad de la pensión cuando no tiene una función alimenticia. V. GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2611, «la ley otorga a la prestación compensatoria una naturaleza híbrida, compensatoria y asistencial, y en la parte en que cumple esta última función es irrenunciable».

Podría decirse, tomando prestado el lenguaje típico del derecho de sucesiones, que distingue, para limitar la prohibición de los pactos sucesorios, entre negocios *mortis causa* y contratos *post mortem*⁷⁹, que esa jurisprudencia ha introducido, para limitar la interpretación mayoritaria restrictiva, entre los acuerdos *discriminis familiae causa* y los acuerdos *post discrimen familiae*, declarando la nulidad de los primeros y la validez de los segundos. Se afirma, así, la nulidad de los acuerdos *crisis familiae causa*, es decir, aquellos acuerdos en los que la crisis de la familia connota funcionalmente el contrato y la validez de los acuerdos *post discrimen familiae*, es decir, aquellos acuerdos en los que la crisis familiar representa la ocasión para la producción del efecto; aquellos contratos en los que el efecto final, a través de una condición o un término, se aplaza hasta el momento de la crisis.

El análisis de los dos casos, decididos por la Corte de Casación, ayuda a comprender lo que acabo de señalar.

El primer caso se remonta a una decisión de la Corte de Casación de 2012⁸⁰, en la que se afirmaba la validez de un contrato por el que los novios habían establecido que, en caso de crisis familiar, es decir, de separación o divorcio, la esposa transferiría a su marido una propiedad que le pertenecía, como compensación por los gastos incurridos por el marido para la renovación de otra propiedad perteneciente a su esposa, que los novios habrían utilizado como vivienda matrimonial.

En esta decisión, la Corte de Casación afirma la validez del acuerdo, tras recordar que «en Italia, la jurisprudencia se orienta a considerar que tales acuerdos, celebrados antes del matrimonio o tal vez durante la separación consensual, y con vistas a un futuro divorcio, son nulos y sin efecto porque están en conflicto con los principios de indisponibilidad de los *status* y de la pensión compensatoria (por todos, Cass, n. 6857 de 1992)»⁸¹, que tales acuer-

⁷⁹ Véase, BARBA, 2015, p. 3 ss.

⁸⁰ Cass., 21 de diciembre de 2012, n. 23713, en *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 258, con nota de I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 10442, con nota de B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra «causa genetica» ed «evento condizionale» del contratto*; en *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 893, con nota de I. MARGELLI, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra i coniugi: accordi prematrimoniali e divorzio come condizione sospensiva nella sentenza n. 23713/2012 della Corte di Cassazione*; en *Fam. dir.*, 2013, p. 321, con nota de G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemachine*; en *Studium iuris*, 2013, p. 586, con nota de F. OLIVIERO, *Accordi prematrimoniali (Commento a Cass. civ., sez. I. 21/12/2012, n. 23713)*; en *Corr. giur.*, 2013, p. 1563, con nota de F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia. Cassazione civile, sez. I. 21 dicembre 2012, n. 23713*; en *Contratti*, 2013, p. 221, con nota de E. SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*; en *Fam. dir.*, 2013, p. 843, con breve nota de A. FIGONE, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*.

⁸¹ Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

dos «muy frecuentes en otros Estados, en particular los de cultura anglosajona, [...] cumplen una función fructífera de desinflado de los litigios familiares y de divorcio»⁸², y, por último, que esta orientación restrictiva es «criticada por la doctrina, ya que no tendría en cuenta adecuadamente... los principios del sistema jurídico, orientado ahora a reconocer una autonomía cada vez más amplia a los cónyuges en la determinación de sus relaciones económicas, incluso después de la crisis matrimonial»⁸³.

Al afirmar la validez de ese contrato, la Corte de Casación excluye que se trate de un acuerdo prematrimonial, precisando que se trata de un contrato en el que «el fracaso del matrimonio no se considera una causa genética del acuerdo, sino que se degrada a un mero acontecimiento condicional»⁸⁴. Se afirma, por tanto, que se trata de una *datio in solutum*⁸⁵, vinculada a los gastos incurridos por uno de los cónyuges para la acomodación de un bien utilizado como vivienda matrimonial, y por tanto «un acuerdo entre las partes, expresión libre de su autonomía de negociación, que es, además, ajeno a la categoría de los acuerdos prematrimoniales (que pretenden regular toda la estructura económica entre los cónyuges o un perfil relevante) y que se caracteriza por prestaciones y contraprestaciones entre ellos proporcionales»⁸⁶.

⁸² Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

⁸³ Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

⁸⁴ Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

⁸⁵ En los fundamentos de derecho de Cass., 21 de diciembre de 2012, n. 23713, se lee: «ai sensi dell'art. 1197 c.c. il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, salvo che il creditore vi consenta; l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita. Nella specie, il trasferimento di immobile può sicuramente costituire adempimento, con l'accordo del creditore, rispetto all'obbligo di restituzione delle somme spese per la sistemazione di altro immobile, adibito a casa coniugale. La condizione, nella specie sospensiva (il "fallimento" del matrimonio) non può essere meramente potestativa ai sensi dell'art. 1355 c.c., e cioè dipendere dalla mera volontà di uno dei contraenti [...] La condizione neppure può porsi in contrasto con norme imperative, l'ordine pubblico, il buon costume (in tal caso renderebbe nullo il contratto, ai sensi dell'art. 1354 c.c.). Dunque, nulla sarebbe una condizione contraria all'art. 160 c.c., sopra indicato. E tuttavia, nella specie, essa appare pienamente conforme a tale disposizione, ove si consideri che in costanza di matrimonio (e prima della crisi familiare) opera tra i coniugi il dovere reciproco di contribuzione di cui all'art. 143 c.c.; il linguaggio comune spiega il significato ad esso attribuito dal legislatore, è la parte che ciascuno conferisce, con cui si concorre, si coopera ad una spesa, al raggiungimento di un fine. Con la contribuzione, si realizza dunque il soddisfacimento reciproco dei bisogni materiali e spirituali di ciascun coniuge, con i mezzi derivati dalle sostanze e dalle capacità di ognuno di essi. Può sicuramente ipotizzarsi che, nell'ambito di una stretta solidarietà tra i coniugi, i rapporti di dare ed avere patrimoniale subiscano, sul loro accordo, una sorta di quiescenza, una "sospensione" appunto, che cesserà con il "fallimento" del matrimonio, o con il venir meno, provvisoriamente con la separazione, e definitivamente con il divorzio, dei doveri o diritti coniugali».

⁸⁶ Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

La decisión, aunque puede considerarse de gran interés, no es, en mi opinión, muestra de la apertura de la jurisprudencia italiana a los acuerdos prematrimoniales, cuya nulidad se reafirma y confirma, sino la simple afirmación de la validez de un acuerdo en el que se supone que la crisis familiar es un evento condicionante. En otras palabras, según mi criterio, la verdadera importancia de la sentencia es haber afirmado que la crisis familiar puede ser inferida como evento de una condición.

En realidad, me parece que con esta sentencia inauguramos una temporada dispuesta a afirmar la validez de los acuerdos *post dis-crimen familiae*, es decir, los contratos con los que los novios o los cónyuges regulan un único aspecto patrimonial (que no puede en ningún caso referirse a la pensión compensatoria) bajo la condición suspensiva de la crisis familiar. Un acuerdo, por lo tanto, que no tiene ni puede cumplir la función propia de los acuerdos prematrimoniales⁸⁷, que tienen la aspiración de dictar una regulación completa de las relaciones (al menos patrimoniales) entre los cónyuges para el tiempo después de la crisis familiar.

En el mismo sentido, está la decisión de la Corte de Casación de 2013⁸⁸, que básicamente repite el razonamiento de la decisión anterior. El caso se refería a un acuerdo de préstamo entre los cónyuges, en el que la obligación de reembolsar la cantidad prestada estaba sujeta a la condición suspensiva del futuro e incierto acontecimiento de la separación.

En este caso, la Corte de Casación descartó que se tratara de un acuerdo prematrimonial y declaró que era simplemente un típico contrato de préstamo bajo condición. En apoyo de la validez de la condición, afirma: «como es bien sabido, de conformidad con el artículo 1354, 1, CC, el contrato al que se adjunta una condición, suspensiva o resolutoria, contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, es nulo. Sin embargo, en opinión de esta Corte, esta hipótesis no se aplica en el presente caso, en el que la condición suspensiva es legítima. Aunque es un hecho común que «la entrega o el préstamo de dinero entre los cónyuges tiene lugar generalmente en el marco de la confidencialidad

⁸⁷ Véase las interesantes consideraciones de Russo, *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 566 s., que señala que la identificación de los acuerdos prematrimoniales solo puede depender de su función y que el problema que plantean no es solo de legalidad, sino también de merecimiento de protección jurídica. Mediante la lectura del artículo 160 CC It., que tiene en cuenta el principio de solidaridad, el autor excluye la validez de los acuerdos prematrimoniales sobre la pensión compensatoria, la vivienda, la guardia y la custodia de los hijos.

⁸⁸ Cass., 21 de agosto de 2013, n. 19304, en *Notariato*, 2014, p. 418, con nota de R. MARINI, *In tema di restituzione condizionata della somma mutuata - il commento*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 10094, con nota de E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*

de la vida familiar» (sentencia n.º 12551, de 28 de mayo de 2009), no existe ninguna norma imperativa que impida a los cónyuges, antes o durante el matrimonio, reconocer la existencia de una deuda con el otro y subordinar su reembolso al futuro e incierto acontecimiento de la separación conyugal (véase, aunque en relación con un caso diferente, la sentencia n.º 23713, de 21 de diciembre de 2012). Tampoco se trata en este caso de un contrato atípico - respecto del cual se plantearía la obligación de verificar la existencia de un interés digno de protección en virtud del párrafo 2 del artículo 1322 del Código Civil italiano - porque la condición se ha vinculado, como ya se ha dicho, a un contrato de préstamo»⁸⁹.

Por último, la Corte de Casación excluye que tal acuerdo «pueda dar lugar a presiones psicológicas sobre el cónyuge deudor con el fin de desincentivar su libertad de elección para la separación ... y que, aunque existiera, no daría lugar por sí mismo a la nulidad de un contrato como el que se examina»⁹⁰.

Sobre la base de esta orientación, que sin duda marca una apertura significativa, el tribunal de Bolonia⁹¹ excluyó la validez de un contrato, celebrado por dos ciudadanos extranjeros, que formaba parte integrante de su acto matrimonial (y, por lo tanto, como tal, ciertamente definible como un acuerdo matrimonial celebrado en el extranjero), por medio del cual el marido se obligaba a transferir a su esposa, en caso de crisis familiar, la mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

En este caso, la nulidad del acuerdo no está relacionada con su contenido patrimonial, que tiene un alcance particularmente amplio, en el sentido de que parece ser la regulación global de la situación patrimonial resultante de la crisis familiar, sino con la forma de ese acuerdo matrimonial.

La cuestión se cruza, pues, con asuntos propios del derecho internacional privado, ya que se trata de una capitulación matrimonial suscrita en un país extranjero por un ciudadano que también tiene la ciudadanía italiana y cuya ejecución, según el derecho internacional privado, debe tener lugar en Italia.

La afirmación de la invalidez del acuerdo habría implicado, aunque en la decisión el perfil permanece en segundo plano, un análisis de la posible contrariedad del contrato extranjero al orden público internacional italiano⁹². En esta perspectiva, se debería

⁸⁹ Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

⁹⁰ Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

⁹¹ Trib. Bolonia. 5 de febrero de 2014, en *Leggi d'Italia*.

⁹² A este respecto, más ampliamente, las consideraciones del párrafo n. 7.

haber tenido en cuenta el llamado orden público internacional atenuado, advirtiendo que la evaluación de la conformidad con el ordenamiento jurídico italiano debe medirse de manera diferente cuando se trata de reconocer la eficacia de un acto jurídico extranjero realizado por ciudadanos italianos o por ciudadanos extranjeros residentes en Italia⁹³.

Desde esta perspectiva, la decisión de afirmar la nulidad del acuerdo se basa en la convicción de que se trata de una capitulación matrimonial y, sobre todo, en la convicción de que es un acuerdo en el que la crisis de la familia, lejos de ser un mero acontecimiento que afecta a la eficacia del acto, asume, más bien, una cierta importancia causal. No es un contrato *post discrimen familiae*, sino un contrato *crisis familiae causa*.

En definitiva, me parece que esta orientación de la jurisprudencia, que también muestra cierta apertura en cuanto a la regulación de ciertos perfiles económicos entre los cónyuges en caso de crisis familiar, no es suficiente para afirmar la validez de los pactos prematrimoniales. La validez de esos acuerdos no requiere una interpretación antiliteral, ni una interpretación por principios, sino, más bien, una ley reguladora. Una tal ley me parece necesaria y urgente, ya que en nuestra época es una necesidad muy sentida, coherente con los cambios en el sistema familiar ya realizados y en continuo desarrollo y, sobre todo, capaz de reducir significativamente el conflicto jurídico de la crisis familiar.

De hecho, es bien sabido que la mayoría de las controversias inherentes a la crisis familiar encuentran su punto más crítico precisamente en la regulación de los asuntos patrimoniales⁹⁴. Por lo tanto, una reforma en este sentido me parece muy deseable, también para lograr una deflación del fenómeno de los litigios, aunque es innegable que estos pactos imponen al intérprete el difícil y habitual problema de la conexión entre autonomía y heteronomía⁹⁵.

⁹³ En este sentido, véase Cass., 3 de mayo de 1984, n. 2682, que descartó que un acuerdo prematrimonial de dos ciudadanos estadounidenses, casados en el extranjero y residentes en Italia, válido según su ley, pudiera considerarse contrario al orden público internacional italiano. Obviamente es una aplicación del orden público internacional atenuado, por lo que es dudoso que la solución fuera la misma de tratarse de ciudadanos italianos. Y en este sentido, véase la mencionada sentencia del Trib. Bologna. 5 de febrero de 2014.

⁹⁴ Me parece significativo, también desde una perspectiva comparativa, que AGUILAR RUIZ, 2014b, p. 115 ss., especifique que los acuerdos prematrimoniales más comunes son: a) acuerdos sobre la vivienda familiar; b) acuerdos sobre la pensión compensatoria; c) acuerdos sobre la extinción del régimen patrimonial.

⁹⁵ GARCÍA RUBIO, 2005, p. 120 «no cabe duda que tales pactos suponen una nueva vuelta de tuerca en el ardua tarea de definir con claridad el papel de la autonomía de la voluntad en la relaciones matrimoniales y paramatrimoniales y ponen una vez más en evidencia el difícil equilibrio entre lo imperativo y lo dispositivo en la institución matrimonial».

VI. PROPUESTA DE UN MODELO LEGISLATIVO PARA LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES. LA DISCIPLINA CATALANA

Una reforma del derecho patrimonial de la familia italiana, que admita la validez de los acuerdos prematrimoniales⁹⁶, es sin duda deseable por innumerables razones que van desde la concepción contemporánea de la familia, hasta la función de deflación del sistema judicial, pasando por la evaluación de los principios y valores del ordenamiento jurídico italiano y la casi completa igualdad de género lograda en las relaciones exofamiliares y endofamiliares.

No obstante, más allá del necesario respeto de la disciplina general del contrato y del necesario control del mérito con respecto a cualquier acto de autonomía privada, es necesario adoptar medidas de precaución, que garanticen el pleno conocimiento por parte de los novios o cónyuges de la función concreta del acuerdo prematrimonial y de los derechos de que disponen o a los que renuncian, una información apropiada, así como la posibilidad de que la eficacia del acuerdo se limite o excluya en caso de circunstancias especialmente importantes que no se podían prever de antemano y que podrían dar lugar a graves daños personales o patrimoniales para cualquiera de los cónyuges⁹⁷.

En esta perspectiva y considerando los aspectos que he esbozado genéricamente, me parece que una regulación muy interesante,

⁹⁶ Cabe considerar que el 28 de febrero de 2019 Italia adoptó un proyecto de ley por el que se delega al Gobierno la revisión de muchas regulaciones del Código Civil. Entre otras, la de: «consentire la stipulazione tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o attuata unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli». Por lo tanto, es evidente que existe una clara voluntad legislativa de introducir en el ordenamiento jurídico italiano los pactos prematrimoniales.

⁹⁷ La necesidad de que los acuerdos prematrimoniales estén sujetos a un triple control en lo que respecta a: a) el proceso de formación del consentimiento libre, informado e imparcial; b) el contenido del acuerdo; c) el alcance del acuerdo en el momento de su ejecución, ha sido puesto de relieve por GARCÍA RUBIO, 2005, p. 103 ss. Posteriormente el tema fue desarrollado en esta perspectiva por RODRÍGUEZ GUTIÁN, *RJAM*, 2018, p. 111 ss., RODRÍGUEZ GUTIÁN, *CCJC*, 2019, p. 268 ss., Y, más ampliamente, RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2018, p. 27 ss. Desde otro punto de vista, hay que considerar que también en el derecho inglés se ha dicho que es necesario un doble control, uno relacionado con la fase de celebración y otro con la fase de ejecución. En este sentido, SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 8, según el cual, «Tras *Radmacher*, el análisis de los acuerdos matrimoniales debe llevarse a cabo en dos fases. La primera de ellas (que podría llamarse «fase de equidad procesal») tiene lugar en el momento en que el acuerdo matrimonial se concluye, como se desprende de la referencia al acuerdo que ha sido «acordado libremente por las partes con pleno conocimiento de sus implicaciones». La segunda fase se materializa en las palabras que siguen inmediatamente después, es decir, «excepto que en las circunstancias actuales, en el momento de su consideración, las partes se encontraran en una situación de injusticia». Esta segunda fase es de «equidad sustantiva», y el examen se centra en el contenido real del acuerdo».

que puede ser considerada como un ejemplo a seguir, es, ciertamente, la establecida en el artículo 231-20⁹⁸ del segundo libro del Código Civil de Cataluña⁹⁹.

Los principios y reglas que se desprenden de esta regulación¹⁰⁰ creo que merecen ser ampliamente compartidos¹⁰¹.

⁹⁸ El artículo 231-20 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, establece: «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, y caducan de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-19.2.

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 otorgaron».

⁹⁹ No es necesario recordar que la experiencia legislativa catalana se basa en una regulación más completa y coherente de la disciplina contenida en los *Principles of the Law Dissolution* del 2002.

¹⁰⁰ Para una aplicación concreta de esta disciplina y de sus principios, véase STSJ CAT 19/2016 de 31 de marzo, Ponente: Carlos Ramos Rubio, Roj: STSJ CAT 2419/2016, en la que se lee: «el CCCat configura, en principio, los pactos en previsión de una ruptura matrimonial como uno de los contenidos posibles de los capítulos matrimoniales (art. 231-19.1 CCCat), pero admite que puedan constituir el objeto de una escritura pública no capitular (art. 231-20.1 CCCat). En cualquiera de los casos, además de la *licitud* de su objeto (art. 231-19.1, en relación con los arts. 232-7, 233-5, 233-16 y 233-21.3 y con el art. 6.3 CC) y de su *forma pública* constitutiva (art. 231-20.1), el CCCat exige una serie de requisitos específicos para su validez, que deben concurrir en el momento del otorgamiento, en la medida en que todos ellos están relacionados, directa o indirectamente, con la correcta formación del consentimiento negocial de los otorgantes, a fin de garantizar que este sea libre, voluntario y suficientemente informado. Estos requisitos se hallan referidos: a) al *tiempo* de su otorgamiento en relación con el de celebración del correspondiente matrimonio (art. 231-20.1, modificado por la Llei 6/2015, de 13 mayo, en relación con el art. 231-19.2); b) al cumplimiento de ciertos deberes de *asesoramiento* imparcial del notario autorizante para con los otorgantes (art. 231-20.2); y c) a la *reciprocidad* y a la *claridad* de aquellos pactos que comporten la exclusión o la limitación de derechos (art. 231-20.3). Por otro lado, el CCCat impone también una *carga* que debe cumplirse y prevé una condición que ha de concurrir, en ambos casos, para la eficacia de dichos pactos en el momento en que uno de los otorgantes pretenda hacerlos valer frente al otro (...). Tal sucede con: a) 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 sea *relevante* con relación al contenido del pacto de que se trate (art. 231-20.4); y b) que los pactos de que se trate no sean *gravemente perjudiciales* para el otro cónyuge a causa de circunstancias sobrevenidas que sean relevantes y que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron (art. 231-20.5)».

¹⁰¹ ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 118, «en aquest sentit, es pot concloure que la regulació prevista en el CCCat representa un clar avenç i un esforç d'adaptació de la normativa a les noves realitats familiars, per més que els més liberals l'acusin d'excessivament protectora».

Los pactos en vista de la crisis matrimonial pueden estipularse tanto antes como después de la celebración del matrimonio¹⁰², con la aclaración de que, si se estipulan antes de la celebración del matrimonio, se requiere que la estipulación sea por lo menos treinta días antes del día del matrimonio. Este plazo, que también podría reducirse, sirve para evitar que se concluyan acuerdos prenupciales en un momento muy próximo al día de la boda, es decir, para evitar que el consentimiento de uno de los dos cónyuges pueda considerarse como el resultado de una decisión precipitada¹⁰³, o poco meditada¹⁰⁴ o incluso logrado como una supuesta prueba de amor.

Si bien el período de tiempo que transcurre entre la conclusión del pacto y la celebración del matrimonio es solo un indicio de un consentimiento libre y consciente, hay que considerar que la cuestión ha cobrado una importancia significativa en los Estados Unidos, donde múltiples decisiones han atribuido una importancia considerable a ese perfil, para afirmar o negar, según el caso, la libertad de consentimiento de uno de los cónyuges, o su conocimiento adecuado del contenido del acuerdo¹⁰⁵.

Desde este punto de vista, una norma que impone un plazo de este tipo, aunque por sí sola no puede considerarse suficiente para afirmar o excluir la existencia de un consentimiento informado, merece una valoración positiva¹⁰⁶. Sin embargo, sería preferible que el plazo valga como una presunción *iuris tantum* de la libertad del consentimiento y no, como establece actualmente el CCCat, como un requisito de validez¹⁰⁷. Desde este punto de vista me pare-

¹⁰² Se discute sobre la capacidad necesaria para celebrar válidamente acuerdos prematrimoniales. Según GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2588, debería aplicarse, analógicamente y segundo el criterio sistemático (art. 3.1 CCE), la norma establecida en el artículo 231-20. Aunque los acuerdos prematrimoniales pueden hacerse por escritura pública, es preferible pensar que se requiere la misma capacidad para las capitulaciones matrimoniales. Además, precisa que si los pactos matrimoniales van más allá de regular cuestiones de carácter económico intraconyugal y alcanzan a bien otros aspectos, bien sean de índole personal, bien sean en relación con terceros, no basta la capacidad establecida en el artículo 231-20 CCCat, y ha de exigirse la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar.

¹⁰³ PATTI, *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 197 ss., advierte que el espacio para la autonomía privada es muy limitado e incluso afirma que la elección del régimen patrimonial no siempre es el resultado de una reflexión consciente, lo que resulta, muchas veces, en una, más o menos, «larvata imposizione, spesso giustificata sulla base di generiche esigenze professionali».

¹⁰⁴ GARCÍA RUBIO, 2005, p. 103.

¹⁰⁵ Para un análisis de la jurisprudencia de los Estados Unidos, véase CERVILLA GARZÓN, 2013, párrafo III.5.b.

¹⁰⁶ En este sentido, las consideraciones de SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 9 s., que aprecia que la *Supreme Court* haya excluido la pertinencia de un plazo bien definido (como lo propuso en Inglaterra la *Home Office* o El *Irish Study Group on Pre-Nuptial Agreements o Resolution*) y haya preferido referirse a la cláusula general de equidad procesal. GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2592, considera la imposición de un margen temporal mínimo una decisión acertada y que favorece «un clima propicio para la conclusión del acuerdo con plena libertad y conciencia».

¹⁰⁷ ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 108 s.

ce que la medida es excesiva y, sobre todo, poco razonable, ya que se puede dar un consentimiento perfectamente libre y consciente incluso cerca del día de la boda, del mismo modo que se podría dar un consentimiento no libre con respecto a un pacto hecho 40 días antes de la boda.

Además, el mero hecho de que el acuerdo prematrimonial se celebre al menos treinta días antes de la celebración del matrimonio evita, al menos, la celebración de acuerdos prematrimoniales precipitadamente cerca de la fecha del matrimonio, es decir, en circunstancias de tiempo que hacen dudar de la libertad de consentimiento y de la posible capacidad del acuerdo para afectar a la libertad matrimonial¹⁰⁸.

La ley catalana también establece que el acuerdo se considera ineficaz si el matrimonio no se celebra en el plazo de un año desde la estipulación del acuerdo prenupcial o se celebra después de ese tiempo. Si, en efecto, es deseable que un pacto con miras a la crisis familiar no se concluya en una fecha cercana a la de la celebración del matrimonio, es también indispensable que el matrimonio se celebre y que, en todo caso, no transcurra un período de tiempo excesivamente largo entre los dos actos. En el caso de que el matrimonio se celebre más de un año después de la conclusión del pacto, existe un riesgo bien fundado de que la relación entre el pacto y el matrimonio se debilite excesivamente.

La forma que se requiere para la validez de este acuerdo es la escritura pública¹⁰⁹, mientras que no es necesario cumplir con las formas y formalidades requeridas para la validez de las capitulaciones matrimoniales¹¹⁰. La forma notarial cumple una pluralidad de funciones, lo que me lleva a creer que el respeto de esta forma también puede ser apreciado útilmente en el sistema jurídico italiano.

¹⁰⁸ ALLUEVA AZNAR, *Indret*, 2013, p. 8 s. observa: «la peculiar naturalesa de les relacions i situacions que es pretenen regular i ordenar a través dels pactes, la situació emocional que normalment caracteritza aquesta fase de la vida i les característiques dels subjectes que participen en aquest tipus de pactes comporten que les pressions no puguin ser evitades, sinó simplement mitigades».

¹⁰⁹ SOLÉ FELIU, 2014, p. 149, señala que, en este sentido, el ordenamiento jurídico catalán ha hecho una elección común a otros países, como Alemania, Países Bajos, Francia, frente a la solución más flexible de otros ordenamientos jurídicos, como Inglaterra, Escocia, Irlanda o Austria, que no exigen requisitos de forma específicos, o Australia, Nueva Zelanda, que exigen una forma escrita (no pública). No cabe duda de que el cumplimiento del requisito formal del acto público, al menos en los países en que se exige, está esencialmente vinculado a la función del notario y a su función de asesor imparcial de las partes.

¹¹⁰ GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2595. ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 107, «El legislador català defuig d'aquesta manera la qualificació anterior d'aquests pactes com a capitols matrimoniales. En altres paraules, no tots els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial són capitols matrimoniales».

No solo porque el notario es la única figura profesional italiana capaz de conferir fe pública al acto jurídico, no solo porque él ofrece la garantía de que las partes se encuentran en una situación de capacidad natural, no solo porque el acuerdo podría implicar la transferencia de derechos sobre bienes inmuebles, sino sobre todo porque el notario podría garantizar adecuadamente que los cónyuges dispongan de información apropiada sobre la eficacia y el alcance del pacto¹¹¹.

Según esta propuesta, el notario, una vez comprendida la intención de los novios o de los cónyuges, tendría el deber de informar a las partes, primero por separado y luego conjuntamente, no solo sobre el significado jurídico del pacto, sino, sobre todo, sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con el pacto y sobre el alcance real y concreto de las limitaciones o renunciaciones que el pacto conlleva para una o ambas partes¹¹².

Además, la función del notario consistiría en advertir a las partes que cada una de ellas está obligada a informar a la otra sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas futuras, de modo que, también sobre la base de esa información, cada una de las partes tenga el mejor conocimiento posible del ámbito de aplicación del pacto y de las consecuencias económicas que puedan derivarse de él. Se trata de una medida importante que tiende a superar o, al menos a mitigar en la medida de lo posible, la denominada asimetría contractual que suele a menudo caracterizar, por diversos motivos (económicos, culturales, de nacionalidad, etc.), a las partes del acuerdo prematrimonial¹¹³. Esta medida tiene por objeto evitar que la parte que esté en posición contractual predomi-

¹¹¹ En sentido contrario, ALLUEVA AZNAR, *Indret*, 2013, p. 9, según la cual «sense ànim de dubtar sobre el paper independent i imparcial desenvolupat pel notari autoritzant del pacte, potser seria convenient que, amb anterioritat, cadascuna de les parts es reunís amb un advocat que vetllés de forma exclusiva pels seus interessos. El notari pot assessorar les parts, però ni negociarà el que sigui millor per cadascuna d'elles, ni defensarà els seus interessos específics».

¹¹² SOLÉ FELIU, 2014, p. 151, considera necesaria esta disposición porque no es meramente repetitiva de la contenida en el artículo 147 RN, sino capaz de dar forma concreta al contenido del deber de asesoramiento. Desde este punto de vista, sería preferible considerar que el incumplimiento de esta regla no conlleva la invalidez del acuerdo, sino la responsabilidad patrimonial del Notario, que tendrá que indemnizar al cónyuge que ha sufrido perjuicios como consecuencia de la falta de información adecuada. Evidentemente, esta conclusión se aplica únicamente a la información que el notario está obligado a proporcionar y no se extiende a la obligación de las partes de proporcionarse mutuamente información financiera.

¹¹³ En este sentido las consideraciones de RODRÍGUEZ GUITIÁN, *RJUAM*, 2018, p. 114 s., la cual señala que las medidas para garantizar un proceso de formación del consentimiento libre, voluntario y no viciado, que consisten, substancialmente, en la forma escrita y en las obligaciones de información del notario, también reflejan las indicaciones que han surgido en la experiencia americana y que se pueden encontrar en los *Principles of European Family Law Regarding Property Relations between Spouses* elaborados por la *Commission on European Family Law* (CEFL).

nante imponga a la otra parte condiciones que den lugar a un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del pacto o que den a la otra parte ventajas excesivas¹¹⁴.

También se dispone que la exclusión o limitación de los derechos, que de otro modo corresponderían a los cónyuges, ha de ser mutua y claramente expresada.

Esta regla, aunque pueda parecer de poca relevancia aplicativa, ya que, en general, siempre hay un cónyuge que goza de expectativas económicas o de una posición patrimonial mejor que el otro, por lo que cualquier renuncia o limitación parece concernir únicamente al cónyuge en una posición económica más débil, puede ser relevante cuando se considera que la ejecución del acuerdo puede tener lugar al cabo de mucho tiempo y que las previsiones pueden no cumplirse en esos términos. Es muy posible que el cónyuge que originalmente se encontraba en una posición económica más débil haya logrado, en realidad, una posición económica más fuerte que el otro, de modo que las posiciones puedan invertirse.

La naturaleza de la reciprocidad debe entenderse en sentido amplio y no limitarse a la evaluación de una sola renuncia o limitación¹¹⁵, de modo que siempre es necesaria una evaluación global del pacto. En este sentido, no me parece que falte la reciprocidad en el caso de un acuerdo en el que uno de los cónyuges renuncia unilateralmente a su derecho a la vivienda familiar, cuando el otro se compromete, por ejemplo, a proporcionarle otra casa para vivir.

Desde este punto de vista, me parece que la reciprocidad de las exclusiones y/o limitaciones de derechos, lejos de ser un perfil de relevancia puramente formal, merece consideración, ya que requiere una evaluación global del pacto y de los intereses de las partes. La reciprocidad se convierte, en un índice significativo para evaluar la medida en que cada pacto resulta conforme con el principio de igualdad entre los cónyuges¹¹⁶.

¹¹⁴ Una preocupación general a este respecto es expresada por AULETTA, *Famili*, 2003, p. 53, según el cual «riesce difficile pensare ad intenti diversi dal preconstituire un'apertura della crisi a basso costo per il coniuge piú abbiente». Se considere que DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA, 2016, p. 235, refiriéndose al artículo 231-20 CCCat, escriben: «la voluntad del legislador es clara, en el sentido de impedir que mediante pactos de este tipo se produzca un desequilibrio en la igualdad de los derechos y deberes que, como principio, debería regir la relación entre ambos cónyuges».

¹¹⁵ Según GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2599, se hace referencia no tanto a una igualdad cuantitativa, sino a una equivalencia cuantitativa y cualitativa «en la fijación de los criterios o reglas de la participación en los rendimientos obtenidos por el otro ... Lo que cuenta es que, una vez determinado, el criterio sea idéntico para ambas partes, aunque, en el momento en que se pacte, solo lo sea en potencia para una de ellas».

¹¹⁶ Comparto la posición RODRÍGUEZ GUITIÁN, *RJUAM*, 2018, p. 120 s., que especifica que el principio de igualdad entre los cónyuges puede entenderse de dos maneras distintas: o como la ausencia de sumisión o ausencia de una posición de superioridad de uno de los cónyuges sobre el otro o como un requisito de reciprocidad. Desde la perspectiva de

La disciplina catalana hace hincapié, además, en la necesidad de claridad, estableciendo que el pacto especifique con sencillez los derechos que limitan o a los que los cónyuges renuncian. En este sentido, el pacto no podría limitarse a una referencia genérica a la disciplina legislativa, o a cualquier derecho¹¹⁷, ni excluir la aplicación de una u otra norma, a la que solo se hace referencia a través de uno u otro artículo del código civil autonómico o general o de la ley, sino que debería regular de manera precisa la disciplina aplicable, reproduciendo exhaustivamente las normas aplicables a los cónyuges en caso de crisis matrimonial, respetando la voluntad de las partes y, evidentemente, respetando los límites de la ley.

También se dispone que el cónyuge que reclame el cumplimiento del pacto prenupcial deberá demostrar que el otro tenía, en el momento en que se celebró el acuerdo, información adecuada sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas futuras¹¹⁸.

Dado que esa información no la proporciona el notario, que solo debe recordar a las partes que deben intercambiar esa información, se deduce que el acuerdo no puede acreditar que los cónyuges hayan cumplido la obligación de proporcionar esa información y que la carga de la prueba debe recaer en la parte que tiene la intención de reclamar el cumplimiento del acuerdo.

Desde otro punto de vista, cabe señalar que esta prueba no es difícil de aportar de antemano y, a este respecto, cada parte podría muy bien dar esta información por escrito a la otra, pidiendo al notario que adjunte esta información al pacto, como prueba de que cada parte la ha facilitado adecuadamente a la otra. En ese caso, el pacto también aportaría pruebas de que se ha cumplido esta obligación de información.

Si la información fuera incompleta o incorrecta, el pacto sería ineficaz, en el entendimiento de que se trataría de una ineficacia relativa, es decir, una ineficacia en la que solo puede confiar la parte que recibió la información incompleta o incorrecta. Al contrario, si la parte que recibió la información inadecuada o incompleta reclama el cumplimiento del acuerdo, la otra parte no puede

la autora, no cabe duda de que la primera forma de entender la igualdad debe garantizarse mediante la forma y las obligaciones de información del notario, mientras que la segunda forma de entender la igualdad, mediante la disposición de la reciprocidad del acuerdo. De forma más genérica, ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 111, dice que «l'exigència de reciprocitat en els pactes de renúncia o de limitació dels drets és una derivació del principi d'igualtat entre els cònjuges».

¹¹⁷ GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2599; SOLÉ FELIU, 2014, p. 154.

¹¹⁸ Según SOLÉ FELIU, 2014, p. 155, no es necesario elaborar un inventario completo, bastará con que cada parte disponga de información adecuada sobre la situación financiera presente y futura de la otra parte.

impedirlo, incluso si acredita que no proporcionó la información o proporcionó información incompleta o incorrecta.

En otras palabras, existe una norma de conducta que exige que cada parte proporcione a la otra cierta información de carácter económico, cuyo incumplimiento no daría lugar a responsabilidad de la parte incumplidora, sino a la ineficacia del acto¹¹⁹. En el entendimiento de que se trataría de una eficacia relativa, de modo que solo podría ser invocada por la parte que no haya recibido la información o haya recibido información incompleta o incorrecta, quedando claro que esa misma parte podría, no obstante, reclamar el cumplimiento del acuerdo.

Esta información solo es relevante si es decisiva¹²⁰, ya que es muy posible que el acuerdo prenupcial cuya ejecución se solicita se refiera a un aspecto o perfil con respecto al cual la información sobre el patrimonio y las perspectivas económicas del cónyuge no sea pertinente. Este perfil es particularmente útil e interesante cuando se piensa no solo en que el pacto en previsión de una ruptura familiar podría referirse a un tema económico con respecto al cual esa información es irrelevante, sino sobre todo que el acuerdo prenupcial podría regular asuntos de carácter no patrimonial. Aunque en este trabajo se hace referencia explícita a los perfiles patrimoniales, sobre los que he decidido llamar la atención, no cabe duda de que el pacto podría referirse a asuntos de carácter no patrimonial, como, por ejemplo, el uso del apellido o, dentro de los límites del respeto del interés superior de los hijos, también la custodia compartida o el régimen de visitas de los padres y/o de los abuelos y de los parientes.

En cualquier caso, un acuerdo prematrimonial relativo a la pensión compensatoria y/o al uso de la vivienda¹²¹ debe considerarse válido, a menos que implique una renuncia del cónyuge que comprometa sus necesidades esenciales¹²².

¹¹⁹ Por todos, G. PERLINGIERI G., 2013, p. 3 ss.

¹²⁰ V. la opinión de SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 12 s., «ahora bien, es indudable que habrá casos en que la transmisión de información podría marcar la diferencia, y estos casos están cubiertos por el test de la *Supreme Court*».

¹²¹ Los acuerdos sobre la vivienda familiar están sujetos a un control de legalidad diferente dependiendo de si hay o no hijos. Si no hay hijos, no hay duda de que la libertad de los cónyuges es mayor, por lo que me parecerían válidos los acuerdos con los que se acuerda: la venta de la casa y la asignación del precio según lo que cada uno ha aportado, o la asignación de la casa a uno solo después de la reintegración de la mitad del valor o de un porcentaje del valor actual, correspondiente a lo que el otro ha aportado originalmente. Por el contrario, en presencia de hijos, la autonomía privada tiende a reducirse, ya que cada acuerdo debe evaluarse siempre teniendo en cuenta los intereses de los niños.

¹²² BARGELLI, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 331. Una solución sustancialmente similar se aplica también en el derecho inglés a través de el control de «la incoherencia de los resultados». SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 16, «Esto significa que [tras *Radmacher*,] incluso cuando el acuerdo establece una completa separación de la propiedad y no considera nin-

Desde mi punto de vista, se trata de un principio que ni siquiera requeriría una disposición legislativa explícita, ya que me parece evidente que el principio de solidaridad posmatrimonial, aunque puede verse considerablemente atenuado por la introducción de una disciplina sobre los acuerdos prenupciales, no puede desaparecer del todo.

En este sentido, no cabe duda de que debe aceptarse la validez de un pacto sobre las modalidades, la cantidad, la duración y la extinción de la pensión compensatoria, así como la validez de un pacto de renuncia a la pensión compensatoria¹²³, a menos que la ejecución de este último comprometa irreversiblemente las necesidades básicas del cónyuge¹²⁴.

No debe decirse lo mismo del uso de la vivienda familiar, ya que un acuerdo prenupcial sobre el uso de la vivienda debe considerarse perfectamente válido, incluso en el caso de una renuncia, con la única aclaración de que en este caso el acuerdo de renuncia podría no ser válido si afecta a los intereses de los hijos o impide que se satisfagan las necesidades básicas y esenciales de uno de los cónyuges¹²⁵.

Considerando la existencia en el ordenamiento jurídico italiano del principio de solidaridad posconyugal¹²⁶ y la imposibilidad de

gún tipo de *maintenance*, el tribunal puede y debe dictar las órdenes para cubrir las necesidades de los cónyuges y para compensar las desventajas generadas, y para ello debe tener en cuenta tanto las propiedades matrimoniales como las no matrimoniales, ya se trate de patrimonio protegido o no. Por lo tanto, las funciones de protección propias del sistema de *ancillary relief* se mantienen en la medida en que la no satisfacción de las necesidades y de la compensación implica que el acuerdo se considere injusto e inconsistente».

¹²³ ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 114, «El que pretén evitar el legislador amb aquesta previsió és que un dels cònjuges es vegi abocat a una situació de penúria econòmica que no li permeti sobreviure com a conseqüència d'haver pres una decisió en un moment sovint molt anterior».

¹²⁴ El Código Civil catalán contiene una norma expresa al respecto en el artículo 233-16, que dispone lo siguiente:

«1. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria, de acuerdo con el artículo 231-20.

2. Los pactos de renuncia no incorporados a un convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor».

¹²⁵ El Código Civil catalán contiene una norma expresa al respecto en el art. 233-21, apartado 3, que dispone lo siguiente: «En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso».

¹²⁶ A este respecto, véanse las interesantes consideraciones de RODRÍGUEZ GUITIÁN, *RJUAM*, 2018, p. 119, que justifica la existencia de esas normas no solo por la intención del legislador catalán de evitar las externalidades negativas, dado que el estado de pobreza del cónyuge supone un perjuicio para la sociedad, sino también por la naturaleza de la prestación compensatoria en el derecho catalán. «Junto a su carácter compensatorio o reequilibrador se halla un fundamento asistencial, que tiene su apoyo, en última instancia, en la solidaridad posconyugal. En la parte de la prestación coincidente con la finalidad

que la introducción de una disciplina sobre los pactos prenupciales pueda conducir a su integral eliminación, ya que se fundamenta en el mismo principio general de solidaridad del artículo 2 de la Constitución, me parece que, incluso sin una regla explícita, este resultado se puede alcanzar mediante un control de legalidad del pacto y el de merecimiento de protección jurídica (necesario en el ordenamiento jurídico italiano)¹²⁷.

Por último, y esta cuestión me parece de gran interés, debería aplicarse la doctrina de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*¹²⁸, es decir, la doctrina que reconoce la eficacia de un pacto en la medida en que no haya habido un acontecimiento imprevisible¹²⁹ entre el momento de su conclusión y el de reclamación de cumplimiento, y que haga que la ejecución del pacto sea particularmente perjudicial para uno de los dos cónyuges¹³⁰.

Para que el pacto sea ineficaz, no solo debe haberse producido un acontecimiento extraordinario¹³¹, es decir, un acontecimiento que vaya más allá de lo normal y, por lo tanto, no se repita con frecuencia y regularidad en el tiempo, no solo debe ser imprevisible, es decir, las partes no podían prever razonablemente su ocurrencia, sino que también es necesario que, como consecuencia de ese acontecimiento, la ejecución del acuerdo prenupcial cause un grave perjuicio a uno de los cónyuges¹³². Así, no se puede considerar extraordinario e imprevisible que uno de los cónyuges haya perdido su

asistencial dicha prestación deviene irrenunciable». Añade: «Pero en el derecho civil común parece claro que dicha doble naturaleza de la prestación compensatoria no se da, no existiendo esa finalidad asistencial. De ahí que dentro de él no sería coherente adoptar una estructura similar a la prevista en el derecho catalán o en el norteamericano». Esta última consideración, evidentemente, no podría aplicarse al derecho italiano que, al igual que el derecho catalán, atribuye, como se desprende de la última sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, una doble naturaleza a pensión compensatoria.

¹²⁷ Véase, más extensamente, y para una explicación de su significado, el párrafo: «8. El control de legalidad y de merecimiento protección jurídica».

¹²⁸ MARTÍNEZ VELENCOSO, 2017, p. 467 ss.; ORDUÑA MORENO, MARTÍNEZ VELENCOSO, 2017, p. 3 ss.

¹²⁹ Las circunstancias no tienen por qué ser necesariamente circunstancias económicas, ya que también pueden ser circunstancias personales. GARCÍA RUBIO, 2005, p. 117; SOLÉ FELIU, 2014, p. 157.

¹³⁰ CIAN, 2001, p. 49; BARRIO GALLARDO, A. F. C. J. S. U. N. P., 2016, p. 84, que asume que el control del juez solo debe ser *ex post*, «solo en el caso excepcional de que un cambio radical de las circunstancias haga excesivamente oneroso el cumplimiento de lo pactado, podrá el juez evitar que surta las consecuencias que le son propias y con independencia de a quién favorezcan». En sentido parcialmente diferente, LANDINI, 2018, p. 241 ss., que supone que la solución preferible es la introducción en los acuerdos prematrimoniales de una cláusula de renegociación.

¹³¹ GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2616, señala que cabe rechazar una aplicación extensiva. Se exige, de hecho, que la ejecución del pacto sea gravemente perjudicial, debe haber una aparición de nuevas circunstancias, ha de tratarse de circunstancias relevantes y no previsibles en el momento en que el pacto fue otorgado.

¹³² La situación en el derecho inglés no es muy diferente, donde incluso si no hay ninguna cláusula de *rebus sic stantibus*, este mismo resultado se logra a través del control de «equidad sustantiva» o de «incoherencia de resultados». SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 13 ss.

empleo, que uno de los cónyuges haya recibido una rica herencia de sus padres o parientes, el nacimiento de hijos, el nacimiento de un hijo fuera del matrimonio, la quiebra de la empresa de uno de los cónyuges, el aumento de los precios de los bienes inmuebles o una inflación significativa, a menos que se trate de una inflación extraordinaria causada por razones singulares. Por otra parte, podría considerarse un acontecimiento extraordinario e imprevisible, cuya ocurrencia podría considerar ineficaz el pacto prematrimonial, el hecho de que uno de los cónyuges haya sufrido un accidente¹³³ que haya provocado su incapacidad laboral, o la incapacidad de un hijo, obligando a uno de los cónyuges a renunciar a su trabajo o a hacer sacrificios importantes en su negocio, o, el hecho de que se encuentre una cura para una enfermedad que afecte a uno de los cónyuges y que se considere degenerativa e incurable.

Evidentemente, la carga de la prueba de que se haya producido un acontecimiento extraordinario e imprevisible tal que la ejecución del acuerdo causaría un grave perjuicio a uno de los cónyuges incumbe al cónyuge que invoca la causa de la ineficacia, que deberá probar tanto la ocurrencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible como el grave perjuicio que causaría la ejecución del acuerdo.

VII. ACUERDO PREMATRIMONIAL Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

La hipótesis del acuerdo prenupcial sujeto a una regulación extranjera es problemática y cada vez más frecuente. Los casos son muchos y, entre ellos, basta pensar en la hipótesis de un pacto concluido por ciudadanos italianos que residen en un Estado extranjero, o por ciudadanos de distintas nacionalidades o, por último, por ciudadanos extranjeros que residen habitualmente en Italia.

En cada una de estas hipótesis, bien podría ser que el juez italiano esté llamado a decidir sobre un acuerdo prenupcial potencialmente sujeto a una ley extranjera.

A este respecto, aunque el tema solo se puede esbozar, ya que merece un estudio y análisis más profundo, hay, al menos, dos cuestiones fundamentales: identificar la norma de conflicto aplicable; verificar la conformidad del acuerdo prenupcial con el orden público internacional italiano.

El primer problema, aunque pueda parecer fácil de resolver e incluso pueda considerarse plenamente resuelto debido a las nor-

¹³³ SOLÉ FELIU, 2014, p. 157.

mas establecidas en el Reglamento UE 2016/1103 sobre los regímenes económicos matrimoniales, sigue siendo en mi opinión muy complejo.

Existe la posibilidad de una concurrencia de normas de conflicto de leyes que pueden aplicarse al pacto patrimonial, entre las cuales no siempre es posible que exista una verdadera armonía.

Si bien es cierto que el acuerdo prematrimonial es aquel estipulado por los novios o los cónyuges para regular sus relaciones para el tiempo posterior a la crisis matrimonial, también es cierto que su contenido puede ser compuesto, ya que puede referirse tanto a las relaciones personales, como a las patrimoniales, a la responsabilidad parental, a las de alimentos y, finalmente, también a las posibles relaciones sucesorias.

Esto significa que hay muchas normas de derecho internacional privado que pueden combinarse entre sí. No solo los artículos 29, 30 y 36 de la ley italiana n. 218 de 31 de mayo de 1995 (ley general de derecho internacional privado), sino también las normas establecidas en el Reg. EU 2016/1103, en lo que respecta a las normas aplicables a los regímenes matrimoniales y su disolución, las normas establecidas en el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre la ley aplicable a la responsabilidad parental y a las medidas de protección de los niños, y el Reg. UE 2012/650, en el que el acuerdo prenupcial prevé obligaciones sucesorias, es decir, pactos sucesorios¹³⁴. Sin considerar que podrían aplicarse el Reglamento de la UE 2008/593 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como «Roma I», y el Reglamento de la UE 2010/1259 sobre la aplicación de la cooperación reforzada en materia de derecho aplicable al divorcio y la separación judicial, conocido como «Roma III».

En otras palabras, pensar que la introducción del Reglamento 2016/1103 haya resuelto básicamente todos los problemas de la ley aplicable a los acuerdos prematrimoniales, no solo es ilusorio, sino incluso gravemente erróneo.

El acuerdo prematrimonial, de hecho, puede tener un contenido amplio y compuesto, por lo que es difícil establecer qué norma de derecho internacional privado es adecuada para determinar la ley aplicable en cada caso concreto, ya que, además, es bastante plausible que se apliquen diferentes normas de derecho internacional a un mismo acuerdo y con respecto a los perfiles de contenido específicos del mismo.

¹³⁴ Véase CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, p. 213 ss.; ESPINAR VICENTE, 1996, p. 3 ss.; RODRÍGUEZ PINEAU, 2002, p. 3 ss.; ANTÓN JUÁREZ, E. S. J., 2019, p. 61 ss.

Un ejemplo ayuda a comprender la complejidad del fenómeno. Imaginemos una pareja formada por un ciudadano italiano y una española, que por vecindad civil esté sujeta a la disciplina catalana. Imaginemos que se hace un acuerdo prenupcial en Lleida, donde la pareja tiene su residencia habitual, con el que los cónyuges: a) renuncian mutuamente a la pensión compensatoria; b) establecen que la casa, de propiedad de la esposa, permanecerá en la disponibilidad exclusiva de la esposa después de la crisis; c) acuerdan que cada uno de los cónyuges nombrará al otro como heredero por la cuota de 1/8; d) acuerdan también que en caso de nacimiento de uno o más hijos comunes, cada uno de los cónyuges deberá asignarle, por testamento, a título de heredero o de legado, la mitad de su patrimonio; e) finalmente, acuerdan que en caso de divorcio, la custodia debe ser conjunta y el hijo debe, en todo caso, seguir viviendo en Lleida, aunque el cónyuge italiano tenga la intención de volver a vivir en Italia, comprometiéndose, en este último caso, a visitar al hijo al menos cada quince días.

En presencia de tal acuerdo prematrimonial, cuya imaginación ni siquiera requiere un esfuerzo excesivo de fantasía, no cabe duda de que la disciplina aplicable podría variar en relación con las diferentes normas de conflicto que, potencialmente, podrían aplicarse al caso concreto.

Me parece, por lo tanto, que el problema de la identificación de la disciplina aplicable es, en efecto, muy complejo y requiere un estudio significativo. Me parece simplista, a falta de una opción legislativa explícita a este respecto, decir que la norma de conflicto debe ser una, porque el acuerdo prematrimonial tiene una función unitaria. La regulación de la relación entre los cónyuges para el período posterior a la crisis matrimonial, más que una función en el sentido propio es un horizonte disciplinario, ya que la función está estrechamente vinculada a la regulación de cada perfil individual de su relación.

Por consiguiente, me parece inevitable que para establecer la disciplina aplicable al pacto prematrimonial sea necesario considerar por separado la reglamentación de los perfiles personales, de los perfiles patrimoniales, de los perfiles sucesorios, de los perfiles alimenticios y de los perfiles relativos a la responsabilidad parental.

Desde otro punto de vista, el segundo problema fundamental, que en ningún caso puede pasarse por alto, se refiere al control de conformidad del pacto con el orden público internacional.

Si el acuerdo prematrimonial se rige por una ley extranjera, debe comprobarse su conformidad con el orden público internacional.

En el caso anterior, suponiendo que se aplique la disciplina catalana, que permite bien el pacto sucesorio (v. art. 431-1 - 431-17 CC Cat.), bien el heredamiento (v. art. 431-18 - 431-28 CC Cat.), bien los pactos sucesorios de atribución particular (v. art. 431-29 - 431-30 CC Cat.), bien, finalmente, los acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial (v. art. 231-20 CC Cat.), y suponiendo que el caso deba ser resuelto por un juez italiano, debe comprobarse que la aplicación de la disciplina catalana al caso concreto no está en conflicto con el orden público internacional.

Es bien sabido que la expresión orden público internacional es capaz de comprender tres dimensiones distintas de un mismo concepto¹³⁵: a) el orden público internacional como mecanismo, es decir, como cláusula general; b) el orden público en su dimensión mecánica o funcional, es decir, el orden público como excepción para rechazar algo en el proceso de aplicación de una norma extranjera o en el proceso de reconocimiento de un acto extranjero; c) por último, el llamado contenido del orden público internacional, es decir, los contenidos a través de los cuales se concreta la cláusula general¹³⁶.

No cabe duda de que si bien las dos primeras acepciones tienen una vocación general y son válidas para todos los ordenamientos jurídicos, ya que se trata de un análisis relacionado sustancialmente con la reserva o excepción de orden público (el orden público como cláusula general)¹³⁷ o con el mecanismo de funcionamiento (el orden público como condición negativa para la aplicación¹³⁸ de la ley extranjera, o como condición negativa para el reconocimiento de la eficacia del acto extranjero)¹³⁹ la tercera dimensión tiene una vocación más claramente nacional, porque evoca el contenido con el que esta cláusula general se llena en cada sistema jurídico.

El adjetivo «internacional» sirve, de hecho, para recordar la dimensión mecánico-funcional del concepto, mientras que no sirve para connotar su contenido, ya que este depende de cada Estado, en el sentido de que cada ordenamiento jurídico tiene su propio orden

¹³⁵ Para profundizar me remito a ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Diario La Ley*, 2000, p. 1 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Diario La Ley*, 2003, p. 1657 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *ADIP*, 2010, p. 339 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2015, p. 146 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2020 (pendiente de publicación), leído merced a la cortesía del Autor; PERLINGIERI, ZARRA, 2019, p. 3 ss.

¹³⁶ Este análisis es particularmente claro y extraordinariamente eficaz en las páginas de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2020 (pendiente de publicación), p. 4 ss.

¹³⁷ Para un análisis de este perfil, véase BARBA, *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 422 ss., especialmente párrafo n. 3.

¹³⁸ *Cfr.* MACCORMICK, 2005, p.3 ss.; CHIASSONI, *Mat. st. cult. giur.*, 2008, pp. 491-494, 498 (MacCormick, 2005).

¹³⁹ Para un análisis de este perfil, véase BARBA, *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 433 ss.

público internacional. El italiano es diferente del español, del alemán y así sucesivamente.

La idea de que el contenido del orden público internacional depende de cada Estado puede preservarse, aunque es importante señalar que estamos asistiendo a una atenuación significativa del carácter exclusivamente estatal de su contenido¹⁴⁰, tanto por la influencia de los derechos humanos y su concreción por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como por la influencia del derecho europeo. De hecho, existen importantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que pretenden controlar los límites dentro de los cuales los Estados nacionales pueden recurrir a este concepto para no reconocer un acto extranjero¹⁴¹ o negar la aplicación de una ley extranjera.

Dicho esto, es necesario establecer si la aplicación de una ley extranjera, que admita los pactos en previsión de una ruptura matrimonial (y posiblemente, como en el caso previsto, también los pactos sucesorios) es conforme al orden público internacional italiano.

Responder a esta pregunta en términos puramente abstractos es muy difícil, ya que la excepción de orden público internacional no impide la aplicación de una ley como tal o de una ley considerada en forma abstracta, sino más bien la aplicación de la ley al caso concreto.

Esta declaración no impide, sin embargo, hacer unas consideraciones generales, con el fin de verificar la compatibilidad de una disciplina extranjera, que admita los acuerdos prematrimoniales y posiblemente los acuerdos sucesorios, con el orden público internacional italiano.

Para hacer esa evaluación es necesario evocar el contenido del orden público internacional, bien sabiendo que no puede coincidir con el contenido del orden público interno (es decir, el conjunto de

¹⁴⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2015, p. 162, señala que la erosión del contenido estrictamente nacional del orden público internacional de cada Estado miembro se aprecia bajo diferentes perfiles. En primer lugar, la proliferación de cláusulas especiales de orden público, que expresan principios que inevitablemente influyen en el contenido del orden público de cada Estado miembro. En segundo lugar, la doctrina de la Tribunal de Justicia, que, aunque afirma la competencia exclusiva de cada Estado miembro para determinar el contenido de su orden público internacional, ha afirmado su competencia para controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de cada Estado miembro pueden utilizar este concepto para evitar la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de un acto extranjero, llegando, en algunos casos, a afirmar que el reconocimiento de un acto extranjero no se podía considerar contrario al orden público internacional de aquel Estado miembro.

¹⁴¹ En este sentido, STJCE de 2 de junio de 2016, Asunto C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*; STJCE de 12 de mayo de 2011, Asunto C-391/09, *Malagožata Runevic-Vardyn*; STJCE de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*; STJCE de 14 de octubre de 2008, Asunto C-353/06, *Strefan GrunKin*; STJCE de 14 de octubre de 2003, Asunto C-148/02, *Carlos Gracia Avello*. In tema, v. (Álvarez González, Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario, 2003, p. 1657 ss.).

las normas imperativas de un determinado ordenamiento jurídico). Si los dos contenidos se correspondieran, no podría aplicarse ninguna ley extranjera que estableciera una disciplina contraria a cualquier norma imperativa nacional, con la paradójica consecuencia de que se impediría cualquier tipo de remisión.

El contenido del orden público internacional debe tener en cuenta no todas las normas imperativas de un sistema jurídico determinado, sino solo los principios fundamentales y esenciales, es decir, los principios y valores que identifican un ordenamiento jurídico determinado y sin los cuales este perdería su propia identidad¹⁴². Además, no hay que olvidar que el orden público internacional debe considerarse excepcional, en el sentido de que el rechazo de la aplicación de una ley extranjera solo debe producirse en casos de contrariedad manifiesta¹⁴³.

Sobre la base de estas consideraciones, es necesario verificar, mediante una evaluación general, si puede decirse que una disciplina extranjera que permite los pactos sucesorios y los pactos prematrimoniales es, en principio, conforme al ordenamiento jurídico italiano, es decir, si existe una oposición perjudicial y general de esta disciplina a los principios fundamentales e infranqueables del sistema jurídico italiano.

En primer lugar, aunque esta afirmación requeriría un análisis mucho más detallado¹⁴⁴, parece posible afirmar que una disciplina que permite los pactos sucesorios debe considerarse conforme al orden público internacional italiano. Aunque el ordenamiento jurídico italiano prohíbe los pactos sucesorios (véase el artículo 458 del Código Civil italiano), creo que es posible afirmar que esta prohibición no integra el contenido del orden público internacional italiano, de modo que un pacto sucesorio, regido por una ley extranjera que lo permita, no debería encontrar obstáculos sustanciales para su reconocimiento¹⁴⁵.

Una solución, no muy diferente, me parece que se puede conseguir con respecto a la prohibición de los pactos prematrimoniales.

¹⁴² Sobre el contenido del orden público internacional italiano, véase BARBA, *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.; PERLINGIERI, ZARRA, 2019, p. 3 ss.

¹⁴³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2015, p. 155, que observa: «Además, desde el punto de vista *funcional*, la operatividad del orden público internacional de cada Estado es *excepcional*. Esta característica se ha identificado con la necesidad de que la contrariedad entre la ley extranjera o el acto, resolución o mera situación consolidada en el extranjero y el orden público del foro sea frontal, radical. El término consolidado que define esta característica es *manifiestamente*. Aunque esta característica no cambia, a mi juicio, por la distinta configuración de la *cláusula* de orden público».

¹⁴⁴ Para más detalles y para un amplio desarrollo de esta idea, véase BARBA, 2015, p. 3 ss. Para profundizar sobre el Reglamento europeo 650/2012, véase BONOMI, WAUTELET, 2015, p. 457 ss.

¹⁴⁵ Véase nota anterior.

Aunque estos pactos no están expresamente permitidos en el ordenamiento jurídico italiano, que ni siquiera contiene una prohibición específica al respecto, no creo que podamos decir que exista una contrariedad, general, al orden público internacional italiano.

Evidentemente, esto no significa admitir indiscriminadamente todos los pactos prematrimoniales regidos por una disciplina extranjera, ya que es evidente que un acuerdo prematrimonial que implique una violación del principio de igualdad entre los cónyuges, o un acuerdo que equivalga a una renuncia de derechos de carácter puramente asistencial, o que dé lugar a una violación de la dignidad de una de las partes, o que excluya de raíz cualquier expresión de solidaridad posmatrimonial, no puede considerarse conforme al orden público internacional italiano. Sin embargo, me parece que lo que le está prohibido no es el pacto prematrimonial en sí mismo, sino ese acuerdo prematrimonial cuyo contenido equivale a una violación de principios fundamentales, como la dignidad de la persona humana o la igualdad en las relaciones entre los cónyuges.

Sin embargo, más allá de estas evaluaciones específicas, no creo que exista una preclusión general a una disciplina que admita la validez de los acuerdos prematrimoniales. Muy al contrario, diría que una disciplina como la catalana me parece perfectamente coherente con el orden público internacional italiano, tanto porque garantiza la simetría informativa de los cónyuges, como porque garantiza el respeto del principio de igualdad entre los cónyuges, y porque no permite renunciaciones de un cónyuge que comprometan sus necesidades esenciales.

Evidentemente, se trata de una evaluación tendencial y abstracta, respecto de la cual siempre es indispensable una investigación del caso concreto, teniendo en cuenta las particularidades y peculiaridades del caso en cuestión.

Asimismo, no puede pasarse por alto que, además del llamado orden público internacional pleno, hay casos en los que el control de orden público es atenuado¹⁴⁶.

En efecto, es diferente si el caso sometido a examen presenta fuertes elementos de conexión con el ordenamiento del foro, porque una de las partes tiene la ciudadanía italiana, del caso en que los elementos de conexión son más atenuados, porque, por ejemplo, ambos cónyuges, aunque sean extranjeros, viven y residen habitualmente en Italia¹⁴⁷. Es decir, la evaluación de situaciones

¹⁴⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2020 (pendiente de publicación), p. 4 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Diario La Ley*, 2000, p. 3 ss.; GANNAGÉ, *TCFDIP*, 2009, pp. 210-216.

¹⁴⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2020 (pendiente de publicación), p. 6, escribe: «que un francés, un estadounidense o un alemán se pretendan inscribir en el Registro civil español con un solo apellido no es problema: la ley francesa, estadounidense o alemana que así lo prevén no

consolidadas en el extranjero según una disciplina que, en sí misma considerada, podría ser contraria a los principios y valores del foro y la constitución en su propio foro de esa misma realidad jurídica.

A este respecto, la evaluación de la conformidad con el orden público internacional italiano podría ser muy diferente si se trata de evaluar la validez de un pacto prematrimonial sujeto al derecho estadounidense celebrado por dos cónyuges estadounidenses, con residencia habitual en Italia, o la validez de un acuerdo de dos ciudadanos italianos, con residencia habitual en Barcelona, al que se aplica el derecho civil catalán. Y los dos casos podrían ser, de nuevo, diferentes si hubiera hijos, ya que el interés superior del menor ciertamente afecta a la evaluación general.

La evaluación es, por lo tanto, muy difícil y hace responsable al intérprete, ya que la excepción de orden público internacional se resuelve en una técnica argumental de ponderación, caso por caso¹⁴⁸, destinada a verificar que la disciplina del caso concreto según el derecho extranjero no es contraria a los principios fundamentales e infranqueables del ordenamiento jurídico italiano.

VIII. EL CONTROL DE LEGALIDAD Y DE MERECEMIENTO DE PROTECCIÓN JURÍDICA

Más allá de todos estos matices que he señalado en las páginas precedentes, no hay duda de que los pactos prematrimoniales, como actos de autonomía privada, deben estar sujetos, según el régimen general, a un control de legalidad¹⁴⁹ y, también, ser merecedores de

se considerará contraria al orden público español, por más que en ellas se pudiera ver un cierto atentado al principio de igualdad de los progenitores que nuestro Derecho sí respeta. Que un español pretenda hacer valer aquí su único apellido otorgado en Estados Unidos por la ley estadounidense, es contrario al orden público español». Es importante considerar que esta cita está relacionada a la opinión afirmada por la DGRN y que el autor considera el ejemplo sobre los apellidos discutible, aunque el principio que lo sustenta es plenamente cierto.

¹⁴⁸ Este es una ponderación diferente de la que se llama «definitoria», que se hace en un plano abstracto. Sobre los dos tipos de ponderación, la «definitoria» y la «caso por caso» véase: NIMMER, *California L. R.*, 1968, p. 38 ss.; SCACCIA, *Giur. cost.*, 1998, p. 3953 ss.; PINO, *Danno Resp.*, 2003, p. 577 ss.; PINO, *Ragion pratica*, 2007, p. 255 ss.

¹⁴⁹ Véase, entre las otras, STSJ CAT 32/2014 de 8 de mayo, Ponente: José Francisco Valls Gombau, Roj: STSJ CAT 5538/2014, en cuyos fundamentos de derecho se lee: «de todos modos, ello no significa que todos los pactos en previsión de ruptura matrimonial, cualquiera que fuera su contenido sean válidos y no puedan ser nulos, anulables o rescindibles, puesto que, como negocios dispositivos que son, se hallan sometidos a las reglas generales de ineficacia jurídica de los negocios patrimoniales y, además, a algunas especificaciones de los negocios de familia, como puede suceder p. ej. con la nulidad de las estipulaciones limitativas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge y a la que pretende preservar a dichos cónyuges del perjuicio grave que pudiera derivarse (como sucede, en el CCCat, conforme disponen los párrafos 3.º y 5.º del artículo 231.20) así como a los hijos de cualquier daño en contra del *favor filii* o el interés de los menores (art. 82 CF)».

protección jurídica (que en Italia se dice de «meritevolezza» y que se podría traducir con la expresión control de merecimiento)¹⁵⁰. De hecho, al tratarse de actos de autonomía privada, más allá de la disciplina específica, deben pasar el control de legalidad¹⁵¹, es decir, de no contrariedad a las normas imperativas, al orden público¹⁵² y a la moral¹⁵³, y otro control, lo de merecimiento de protección jurídica, para evaluar su conformidad con los principios y valores del ordenamiento jurídico italiano. Se trata de un juicio que no encuentra una correspondencia precisa en el sistema jurídico español. En esencia, se trata de comprobar que el acto sea conforme con el orden público constitucional, por lo que en el ordenamiento jurídico español, este juicio coincide con el de legalidad. En Italia, en cambio, se distingue entre la legalidad como no contrariedad a normas imperativas, orden público y moral (se dice que es un control negativo, porque evalúa una falta de oposición) y merecimiento, como cumplimiento de los principios y valores (se dice que es un control positivo)¹⁵⁴.

¹⁵⁰ PERLINGIERI P., 1975, p. 109 s., escribe: «l'atto lecito esige a sua volta una valutazione da parte dell'ordinamento. In un ordinamento moderno, nel quale lo Stato non assiste passivo al compimento degli atti dei privati ma esprime giudizi e valutazioni su questi, l'atto lecito non è di per sé valutabile in termini positivi. Per ricevere un giudizio positivo, l'atto deve essere anche meritevole di tutela [...] È un giudizio che dev'essere espresso alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, di quelli che ne sono i valori caratterizzanti. Ne consegue che non ogni atto lecito è meritevole di tutela. La semplice liceità esime, di regola, soltanto la responsabilità». En el mismo sentido, PERLINGIERI P., 1979, p. 141 s. Más ampliamente, PERLINGIERI P., 1983, p. 124 s.; PERLINGIERI P., 1991, p. 141.

¹⁵¹ GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2597 s.

¹⁵² La contrariedad al orden público interno se aprecia especialmente en lo que se refiere a los acuerdos prematrimoniales con contenido no patrimonial, que pueden implicar una violación de los derechos fundamentales. Por todos, GARCÍA RUBIO, 2005, p. 107. En este sentido, imaginemos un acuerdo prematrimonial que requiera, tras la ruptura familiar, vivir en un determinado lugar o municipio, o no volver a casarse, o no iniciar una nueva convivencia, o no tener una relación homosexual, o que prevean la pérdida de la custodia de los hijos en caso de nueva convivencia o que limiten, directa o indirectamente el derecho a separarse o divorciarse, o que imponen una cláusula penal en caso de divorcio o de separación. En este sentido, es posible aprovechar la experiencia doctrinal y jurisprudencial adquirida en relación con la disposición testamentaria que afecta a la libertad matrimonial y, más en general, con las disposiciones testamentarias que afectan a las libertades fundamentales. GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2603-2607; ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 113.

¹⁵³ OLIVA BLÁZQUEZ, 2017, p. 219 ss.; OLIVA BLÁZQUEZ, 2016, p. 295 ss.; VAQUER ALOY, 2016, p. 245 ss.

¹⁵⁴ Imaginemos un testamento con el que el causante, titular de un gran patrimonio, compuesto además de obras de arte, nombra un heredero y le impone la carga de destruir uno de los cuadros, de un conocido actor. La carga con la que impone la destrucción del cuadro no es ilegal, porque no contraviene ninguna norma imperativa, ni de orden público ni de la moral. Muy al contrario, la destrucción de un bien privado se considera un ejercicio del derecho de propiedad. Sin embargo, la disposición en cuestión no supera el control de merecimiento, ya que determina la eliminación de una obra de arte. Aunque se trata de una obra de arte privada y no hay ninguna norma que prohíba su destrucción, el control de merecimiento excluye la validez de la disposición. En conclusión, en Italia, el control de merecimiento sirve en todos los casos en que no hay oposición directa de un negocio a una norma imperativa, al orden público o a la moral, pero el negocio no cumple con algunos principios fundamentales. El control de merecimiento podría ser absorbido tranquilamente

En un Estado social de derecho, no basta con que el acto de autonomía privada sea lícito, porque también debe ser conforme y concretar los principios y valores del ordenamiento jurídico. En efecto, la mejor doctrina italiana¹⁵⁵ ha puesto de manifiesto que el cambio profundo y radical de las fuentes de derecho ha provocado un cambio radical en la propia teoría de la interpretación y exige que el jurista someta cada acto de autonomía privada al control de merecimiento de protección jurídica. Entendiendo con esta expresión una noción muy diferente a la que literalmente se expresa en el artículo 1322, párrafo 2, del Código Civil italiano y que se fundamenta en el sistema de derecho en su conjunto y, en particular, en las normas de los artículos 2, 3, 41 y 118 de la Constitución italiana. Este control se refiere a la función concreta del acto y ejerce un oficio de conformación de este¹⁵⁶.

No se podría entender la necesidad de someter cada acto de autonomía privada a este control de estimación de protección jurídica, como verificación de la conformidad del acto negocial con el orden público constitucional, si no se comprendiera que la autonomía privada no es un valor en sí misma, que se justifica como puro ejercicio de la libertad, sino un valor en función de los intereses que el acto de autonomía realiza¹⁵⁷.

No basta, para descifrar el fundamento del acto de autonomía privada, con invocar la norma del artículo 41 de la Constitución, que sin duda es importante, sobre todo en la parte en que aclara que la iniciativa económica privada no puede tener lugar en forma contraria a la utilidad social, o de manera tal que cause daño a la segu-

en control de la legalidad, ampliando el concepto de orden público. Desafortunadamente, en Italia, esto no ha sucedido, bien por tradición, bien porque existe un reconocimiento normativo del concepto (1322 c.c., 2645-ter), bien, sobre todo, por la resistencia a la aplicación directa de los principios constitucionales. Históricamente, el control de merecimiento se creó para someter el negocio jurídico a los principios constitucionales. Durante muchos años se ha dicho en Italia (todavía alguien opina lo mismo) que los principios constitucionales no eran normas jurídicas, sino meras normas programáticas dirigidas al legislador. Sobre la base de esta premisa, se excluyó el sometimiento del negocio jurídico a la aplicación de normas constitucionales. Para remediar esta situación, se elaboró la teoría del control de merecimiento. Aún hoy, la jurisprudencia italiana (especialmente la más sensible a la constitucionalización del derecho civil) decide los casos mediante el uso del concepto de merecimiento. V., Cass., 19 de junio 2019, n. 14343, en *Leggi d'Italia*; Cass., 10 de julio de 2018, n. 18138, en *Leggi d'Italia*; Cass., 2 de marzo de 2018, n. 4912, en *Leggi d'Italia*. No tengo ninguna duda de que la jurisprudencia podría haber resuelto estos casos sobre la base del concepto de legalidad, ampliando el concepto de orden público. Lo que en Italia es el control de merecimiento el control de merecimiento en España no es otra cosa que el control de la legalidad y, en particular, que el control de cumplimiento del negocio jurídico a los principios y valores de la Constitución, de los Tratados europeos y de las Convenciones internacionales.

¹⁵⁵ Véase nota n. 139.

¹⁵⁶ PERLINGIERI P. *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 216.

¹⁵⁷ BARGELLI, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 333, afirma que es esencial combinar el respeto por la autodeterminación con las instancias de solidaridad.

ridad, la libertad y la dignidad humana, porque el fundamento es múltiple y depende de los intereses en juego.

La autonomía privada, que sin duda constituye un hito del ordenamiento jurídico, no tiene un fundamento unitario, sino un fundamento en relación con los intereses realizados y actuados¹⁵⁸. No sería legítimo dudar de la diferencia de fundamento entre un negocio de contenido patrimonial y un negocio de contenido no patrimonial, entre un contrato y un acuerdo matrimonial, entre un negocio de intercambio y un negocio liberal, entre un negocio que constituye una sociedad y un negocio que constituye un organismo eclesiástico, entre un contrato entre empresas y un contrato de trabajo. En este sentido, se explica por qué el fundamento de la autonomía privada encuentra su fundamentación en una pluralidad de reglas, diferentes según los intereses realmente realizados, y así en las reglas establecidas en los artículos 2, 3, 18, 20, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 45, Constitución. Es decir, en una evaluación unitaria, global y axiológica.

Desde esta perspectiva, el control del pacto prematrimonial es muy importante, ya que este pacto afecta a derechos y libertades constitucionalmente protegidos y, mucho más que otras áreas del derecho contractual, demuestra la importancia del control por parte del jurista.

Aunque el enfoque de este trabajo ha sido principalmente el pacto prematrimonial con contenido patrimonial¹⁵⁹, no hay duda de que si el pacto tiene un contenido (también) no patrimonial los intereses concretamente implicados son diferentes y el control de merecimiento de protección jurídica es ciertamente más amplio. En presencia de hijos no cabe duda de que el control del acto de autonomía privada requiere tener en cuenta el interés superior del

¹⁵⁸ En el sistema jurídico italiano, no hay duda de que hay una diferencia de fundamento entre el negocio patrimonial y el negocio no patrimonial, entre el contrato y la capitulación matrimonial, entre el negocio de intercambio y el negocio liberal, entre el contrato comercial y el contrato de trabajo. En este sentido, se explica por qué el fundamento de la autonomía privada surge en una pluralidad de reglas, gradualmente, diferentes, según los intereses realmente realizados y, por lo tanto, en las reglas establecidas en los artículos 2, 3, 18, 20, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 45, Const. Es decir, en una evaluación unitaria, global y axiológica, que sea capaz de captar el potencial del acto, en relación con los intereses realizados y su idoneidad para condicionar uno u otro principio fundamental. Véase, RIZZO, *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 356.

¹⁵⁹ Para tener una idea de los múltiples contenidos que puede asumir un acuerdo prematrimonial, es útil el examen propuesto por HIJAS CID, *La Ley*, 2019, p. 3 ss., que imagina, discutiendo su validez en el derecho común español, los siguientes pactos prematrimoniales: pactos relativos a la pensión compensatoria; pactos sobre el uso de la vivienda familiar; pactos de liquidación del régimen económico matrimonial; pactos de indemnizatorios; pactos sobre el régimen económico matrimonial; pactos sobre alimentos; pactos preventivos de elección de la ley aplicable a la separación y al divorcio; pactos de educación de los hijos en caso de separación y divorcio; pactos de constitución de una renta vitalicia para uno de los cónyuges; pactos relativos a los deberes matrimoniales. Ver también, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, 2018, p. 442 ss.; GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2602 ss. Para un análisis más amplio PÉREZ HEREZA, *AAMN*, 2009, p. 547 ss.

niño, por lo que esta cláusula general se convierte en un instrumento de control fundamental para apreciar que el acuerdo merece la protección del derecho¹⁶⁰.

En definitiva, una disciplina, por muy completa y cuidadosa que sea, como la que he propuesto como modelo y que, en mi opinión, constituye una excelente regulación, no puede excluir nunca la necesidad de control por parte del jurista, ni la función de controlar el ejercicio concreto de la autonomía privada. Se trata siempre de evaluar los intereses y la función concretas del acto, al fin de verificar no solo la conformidad con las normas, más o menos detalladas, que existen, sino, de manera más general, la conformidad con los principios y valores del sistema jurídico en su complejidad¹⁶¹.

En este sentido, la posibilidad de evaluar el acto según los criterios de la buena fe y el abuso de derecho también debe tomarse en la máxima consideración, privando de eficacia a ese pacto que, aunque formalmente cumpla con todas las reglas, integra una hipótesis de abuso de derecho.

Desde este punto de vista, creo que es muy importante para entender un ejemplo propuesto por una destacada doctrina¹⁶², que cuestiona la validez de un acuerdo prematrimonial, con el que uno de los cónyuges, una vez que descubre que ha desarrollado un programa informático del que puede conseguir ingresos financieros extraordinarios, obtiene que el otro cónyuge, aunque debidamente informado, renuncie a todos los derechos y posibles beneficios. Se plantea la cuestión de cuál debería ser el destino de este acuerdo, si se solicita su ejecución unos años más tarde, cuando el cónyuge ha alcanzado realmente ingresos millonarios debido al gran éxito del programa.

En este caso, sobre todo si se han respetado todas las normas y hay también información adecuada por parte del cónyuge renunciante, no cabe duda de que la ejecución del acuerdo es cuestionable. La sugerencia de esta doctrina¹⁶³ me parece muy convincente,

¹⁶⁰ El interés superior del niño es ciertamente un principio fundamental del derecho italiano, aunque no haya una ley (como la LOPM) que lo establezca exactamente. La evaluación del interés superior del menor (que también requiere una elasticidad de la decisión) se realiza en Italia no tanto a través del instrumento del control de legalidad, sino con el del merecimiento. Se hace referencia a este control en todos los casos en que non existe una prohibición precisa y determinada. En presencia de cláusulas generales y conceptos elásticos, que expresan principios fundamentales del sistema jurídico, se discute el control de merecimiento. No cabe duda de que se trata de una convención lingüística, ya que en el fondo no creo que esta apreciación sea diferente de la que se hace en España, refiriéndose exclusivamente al control de la legalidad. Y en este punto, me parece muy claro, OLIVA BLÁZQUEZ, 2016, p. 295; OLIVA BLÁZQUEZ, 2017, p. 219.

¹⁶¹ CHIAPPETA, *Rass. dir. civ.*, 2020 (pendiente de publicación); NAZZARO, 2018, p. 94 ss.

¹⁶² GARCÍA RUBIO, 2005, p. 120, «parece que los únicos instrumentos para llegar a tal resultado son las cláusulas generales de buena fe y prohibición del abuso del derecho».

¹⁶³ Véase nota n. 151.

ya que propone excluir la eficacia del pacto, invocando el principio de la buena fe o el abuso del derecho.

El ejemplo, que también ofrece una pista particularmente interesante, creo que sirve sobre todo para demostrar que el pacto prematrimonial siempre requiere un control atento por parte del juez, especialmente porque tal pacto es el punto de equilibrio entre autonomía y heteronomía.

La introducción del pacto prematrimonial en el derecho italiano, que me parece una medida necesaria y que espero que se produzca lo antes posible, ofrece al jurista contemporáneo un nuevo reto que solo podrá asumir responsablemente cuando logre combinar la técnica con los principios y valores del sistema jurídico. Conscientes de que la técnica sin principios es un tecnicismo incapaz de soluciones adecuadas y de que los valores sin técnica corren el riesgo de convertirse en arbitrariedad de decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RUIZ, L.: «Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en la crisis de pareja», en L. Aguilar Ruiz, J. Arjona Guajardo-Fajardo, & G. Cerdeira Bravo de Mansilla, *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI: cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Navarra, 2014 a, pp. 21-39.
- «Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia», en L. Díez-Picazo, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, t. I.*, Cizur Menor, 2014 b, pp. 105-124.
- AL MUREDEN, E.: «Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata», *Familia*, 2002, p. 990 ss.
- ALLUEVA AZNAR, L.: «Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial. Comentari a la STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal, Secc. 1a), de 12.7.2012», *Indret*, 2013, pp. 1-19
- «Gènere I dret de família: una lectura dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, 2016, pp. 101-121.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: Límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario», *Diario La Ley*. 1-9.
- «Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario», *Diario La Ley*, n. 5876, 2000, 2003, pp. 1657-1663.
- «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 339-377.
- «¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?», en N. Bouza i Vidal, C. García i Segura, A. J. Rodrigo Hernández, & P. Pareja Alcaraz, *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales. Barcelona. 19-20 de septiembre de 2013*, Madrid, 2015, pp. 146-181.

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «La relatividad esférica del orden público internacional. Una descripción básica», pendiente de publicación.
- ANTÓN JUÁREZ, I.: «Los acuerdos prematrimoniales en derecho internacional privado español», *Estudios Socio-Jurídicos*, 21 (1), 2019, pp. 61-90.
- AULETTA, T.: «Gli accordi sulla crisi coniugale», *Famiglia*, 2003, pp. 45-66.
- BALESTRA, L.: «Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione», *Rivista di diritto civile*, 2005, pp. 277-296.
- BARASSI, L.: «La famiglia legittima nel nuovo codice civile», Milano, 1940.
- BARBA, V.: «La rinuncia all'eredità», Milano, 2008.
- «I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni», Napoli, 2015.
- «Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente», *Giustizia civile.com, approfondimento del 27 novembre 2017*, 2017, pp. 1-36.
- «Le norme applicabili alle persone unite civilmente», en G. Bonilini, *Trattato di diritto di famiglia, V, Unione civile e convivenza di fatto*, Torino, 2017, pp. 143-198.
- «Unione civile e adozione», *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 381-395.
- «Contenuto del testamento e atti di ultima volontà», Napoli, 2018.
- «L'ordine pubblico internazionale», *Rassegna di diritto civile*, 2018, pp. 403-448.
- «Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria», *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, pp. 13-50.
- «Tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso», *GenIUS*, 2018, pp. 68-84.
- BARGELLI, E.: «L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio», *Rivista critica di diritto privato*, 2001, pp. 303-333.
- BARRIO GALLARDO, A.: «Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, 2016, pp. 74-87.
- BIANCA, C. M.: «L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione», *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 537 ss.
- «L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?», *Giustizia Civile.com., 15 maggio 2017*, 2017, p. 1 ss.
- «Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e filiale», en U. Salanitro, *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, pp. 119-125.
- BONOMI, A.; & WAUTELET, P.: «Il regolamento europeo sulle successioni», Milano, 2015.
- CABEZUELO ARENAS, A.: «¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?», *Aranzadi civil*, 2004, pp. 2375-2394.
- CALVO CARAVACA, A.; & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Efectos del matrimonio», en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González J., *Derecho internacional privado, II*, (17.^a ed.), Granada, 2017, pp. 213-270.
- CASTILLA BAREA, M.: «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (I)», en M. M. Yzquierdo, & M. Cuenca, *Tratado de derecho de familia, II*, Pamplona, 2011, pp. 295-380.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.: «Funcionamiento de los acuerdos prematrimoniales en España», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*. Milano: Giuffé, 2018, pp. 429-451.

- CERVILLA GARZÓN, M.: «Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de familia de Cataluña y en el derecho norteamericano», *Diario La Ley*. 14/2013, n. 8011, 2013, pp. 1-11.
- «Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de derecho comparado». Valencia, 2013.
- «Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de ruptura que afectan a los hijos menores: reflexiones en torno a su eficacia», *La Ley Derecho de familia*, n. 11, 2016, pp. 1-11.
- «Acuerdos prematrimoniales en el actual derecho de los Estados Unidos: The Uniform Premarital and Marital Agreement Act (2012)», *Revista de derecho civil*, 2017, pp. 3-54.
- «Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018», *Diario La Ley*. 19 de noviembre 2018, n. 9301, 2018, pp. 1-12.
- CHIAPPETA, G.: «La «semplificazione della crisi familiare: dall'autorità all'autonomia», *Rassegna di diritto civile*, 2020 (pendiente de publicación), pp.1-15.
- CHIASSONI, P.: «La defettibilità nel diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, pp. 471-506.
- CIAN, G.: «Autonomia privata e diritto di famiglia», en A. Belvedere, & C. Granelli, *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 35 ss.
- CICU, A.: «Il diritto di famiglia. Teoria generale (1914)», Bologna, 1978.
- COPPOLA, C.: «La rinuncia ai diritti futuri», Milano, 2005.
- DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; & BOSCH CAPDEVILA, E.: «Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia» (2.^a ed.), Madrid, 2016.
- DI FEO, A.: «Assegno sociale, assegno di mantenimento e obblighi di assistenza», *Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, p. 297 ss.
- ESPINAR VICENTE, J.: «El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado», Navarra, 1996.
- FUSARO, A.: «Maritals contract, Eheverträge, convenzioni e accordi prematrimoniales. Linee di una ricerca comparatistica», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, pp. 475-493.
- «La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 7-31.
- GABRIELLI, G.: «Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza», *Rivista di diritto civile*, 1996, pp. 695-702.
- GANNAGÉ, L.: «L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs», *Travaux du comité français de droit international privé*, 2009, pp. 205-241.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia», en A. d.-U. Girona, *Nous reptes del Dret de familia. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, 2005, pp. 95-121.
- «Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho», Madrid, 1995.
- «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en Código Civil», *Anuario de derecho civil*, 2003, pp. 1653-1673.
- GASPAR LERA, S.: «Los acuerdos prematrimoniales en el derecho inglés. Validez eficacia y discrecionalidad judicial», *InDret*, 2012, (3), pp. 2-25.

- GINÉS CASTELLET, N.: «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, (727), pp. 2577-2620.
- GORGONI, A.: «Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 291-314.
- HUJAS CID, E.: «Pactos prematrimoniales», *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n. 24, 2019, pp. 52-64.
- LANDINI, S.: «Accordi in vista della crisi, principio rebus sic stantibus e clausole di rinegoziazione», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 241-254.
- LAS CASAS, A.: «Accordi prematrimoniales, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatística», *Contratti*, 2013, pp. 913-924.
- MACCORMICK, N.: «Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning», Oxford, 2005.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: «Supuestos de cláusula rebus sic stantibus en el derecho de familia», en T. Torres García, *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado. Carmona III*, Valencia, 2017, p. 467 ss.
- NAZZARO, A.: «Il contenuto degli accordi pre-crisi. I limiti di negoziabilità», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 83-96.
- NIMMER, M.: «The right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy», *California Law Review*, 1968, pp. 935-967.
- OBERTO, G.: «I contratti della crisi coniugale», Milano, 1999.
- «Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale», *Famiglia e diritto*, 2003, p. 389 ss.
- «Contratto e famiglia», en V. Roppo, *Trattato del contratto, VI, Interferenze*, Milano, 2006, pp. 107-348.
- «Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio», *Famiglia e diritto*, 2006, pp. 150-165.
- «Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino», *Famiglia e diritto*, 2012 a, p. 803 ss.
- «Contratti prematrimoniales e accordi preventivi sulla crisi coniugale», *Famiglia e diritto*, 2012 b, pp. 69-102.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F.: «Límites a la autonomía privada en el derecho de los contratos: la moral y el orden público», en M. A. Parra Lucán, *La autonomía privada en el derecho civil*, Navarra, 2016, pp. 295-360.
- «La moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en la contratación», en S. Gaspar Lera, & M. A. Parra Lucán, *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Zaragoza, 2017, pp. 219-226.
- ORDUÑA MORENO, F.; & MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: «La moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*? Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y derecho comparado», (2.^a ed.), Cizur Menor, 2017.
- ORTIZ VIDAL, M.: «Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado», *Revista Jurídica Región de Murcia*, 2018, pp. 46-74.

- PALAZZO, M.: «I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio», *Giustizia civile*, 2017, pp. 93-137.
- «Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 255-290.
- PATTI, S.: «La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia», *Famiglia, persone, successioni*, 2005, pp. 197-201.
- PÉREZ HEREZA, J.: «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2009, pp. 547-602.
- PERLINGIERI, G.: «Profili istituzionali del diritto civile», Napoli, 1975.
- «Profili istituzionali del diritto civile» (2.^a ed.), Napoli, 1979.
- «Il diritto civile nella legalità costituzionale», Napoli, 1983.
- «Il diritto civile nella legalità costituzionale (2.^a ed.)», Napoli, 1991.
- «L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo», Napoli, 2013.
- «“Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale», *Rassegna di diritto civile*, 2017, pp. 204-228.
- PERLINGIERI, G.; & ZARRA, G.: «Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale», Napoli, 2019.
- PINO, G.: «Teoria e pratica del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale», *Danno e Responsabilità*, 2003, pp. 577-586.
- «Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi», *Ragion pratica*, 2007, pp. 255-261.
- QUICIOS MOLINA, M.: «El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa. Comentario a la STS de 24 de junio de 2015», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 101, 2016, pp. 191-208.
- RENDA, A.: «Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio», *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 1024 ss.
- RIZZO, V.: «Contratto e costituzione», *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 356 ss.
- RODRÍGUEZ GUIZIÁN, A.: «Los pactos de pre-ruptura conyugal», Cizur Menor, 2018.
- «Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2018, pp. 99-132.
- «Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez. Comentario a la STS de 30 de mayo 2018», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 109, 2019, pp. 261-277.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E.: «Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales», Granada, 2002.
- RUSSO, E.: «Gli «effetti inderogabili» del matrimonio», *Rivista di diritto civile*, 2004, pp. 569-605.
- RUSSO, T.: «Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi familiare», *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 459-483.
- SANTORO-PASSARELLI, F.: «L'autonomia privata nel diritto di famiglia», en F. Santoro-Passarelli, *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 381 ss.
- SCACCIA, G.: «Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 3953-4000.
- SCHERPE, J. M.: «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher y Granatino», *Indret*, 2012, 2, pp. 2-24.

- SILLERO CROVETTO, B.: «Acuerdos prematrimoniales: legalidad y contenido», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2018, pp. 2780-2807.
- «Acuerdos prematrimoniales: legalidad y contenido», en M. D. Cervilla Garzón, & C. Lasarte Alvarez, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de la pareja*, Valencia, 2018, pp. 385-412.
- SOLÉ FELIU, J.: «Comentario al artículo 231-20 del Codi Civil de Catalunya», en *Comentari al Llibre segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Egea i Fernández, J., Ferrer i Riba, J. (dirs.), Farnós i Amorós, E. (coord.), Barcelona, 2014, pp. 146-161.
- SPADAFORA, A.: «Il «nuovo» assegno di divorzio e la misura della solidarietà post affettiva», *Giustizia Civile.com.*, 25 luglio 2017, 2017, p. 1 ss.
- TAGLIAFERRI, V.: «Negozi familiari in vista della separazione e divorzio», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 175-208.
- VAQUER ALOY, A.: «Los límites a la autonomía privada en el derecho de sucesiones», en M. A. Parra Lucán, *La autonomía privada en el derecho civil*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 245-294.