

de la adopción póstuma en este caso (pp. 112-113; en varios lugares censura la flexibilización de los requisitos para adoptar a un mayor de edad –p. 117–). Otro ejemplo de propuesta crítica encontramos en el capítulo cuatro, pues con razón lamenta la autora las dudas e inseguridades asociadas al tratamiento que merece el incumplimiento por los padres, tanto naturales como adoptivos, de sus deberes como titulares de la patria potestad, aconsejando una modificación que simplificara y aclarara el régimen (p. 405).

En conclusión, he disfrutado muchísimo con la lectura de este libro, y no puedo por menos que recomendar su lectura.

Susana QUICIOS MOLINA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2018, 378 pp.

El libro que el lector tiene entre sus manos va precedido del buen nombre de su autora, Alma María Rodríguez Guitián, que en trabajos anteriores no solo demuestra un exhaustivo conocimiento sobre cada uno de los temas que investiga, sino unas excepcionales cualidades como escritora que posee la capacidad de transmitir sus ideas y conclusiones con una claridad extremadamente difícil de alcanzar en el campo de la literatura jurídica.

Quien haya leído monografías tan diferentes y rigurosas *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, libro escrito a la vez con una sensibilidad extraordinaria, o la excelente *Responsabilidad civil en el Derecho de familia* sabe perfectamente a qué me refiero.

En este caso el lector no va a quedar defraudado, pues la autora vuelve a hacer uso de una metodología en la que se maneja con soltura y que parte de un riguroso análisis de los conceptos jurídicos, de un profundo dominio de derecho comparado y de doctrina, junto con un tratamiento de las resoluciones de los tribunales (españoles y extranjeros) que aborda con gran inteligencia, sin reproducir párrafos y párrafos de sentencias, lo que agiliza la lectura y nos lleva directamente a los problemas que se quieren referir y solucionar.

Comenzando por el título –*Los pactos de pre-ruptura conyugal*– se aprecia la oportunidad del tema en un ámbito como es el de la crisis del matrimonio en el que las normas y principios tradicionales parecen tambalearse en los últimos tiempos. La materia, falta de regulación propia en el Código civil, aunque sí tratada en otros derechos autonómicos como fundamentalmente el catalán, requiere un planteamiento certero y equilibrado, que es precisamente la labor que lleva a cabo la profesora Rodríguez Guitián.

De manera ordenada y haciendo gala de un sobrado conocimiento sobre la materia la autora estructura un índice absolutamente propio y personal que divide el trabajo en tres grandes partes: una primera sobre consideraciones generales; una segunda sobre la viabilidad jurídica de los pactos; y una tercera sobre grupos concretos de casos en relación con el contenido de los pactos.

Creo que la estructura, meditada y reflexiva, es la correcta, pues antes de «echarse» al estudio concreto de los pactos es conveniente identificarlos, saber lo que son y, de manera especial, ver si sirven para solucionar problemas y no para crear otros nuevos. Sobre esta temática existen abundantes

escritos, pero no siempre estructurados con claridad o meditados a la vista de la evolución real y social de esta problemática en la que juega un papel decisivo tanto la esencia de la autonomía de la voluntad como una correcta interpretación de sus límites.

Conviene hacer una consideración previa en la que se incide desde el capítulo inicial y es que el objeto del estudio del libro son los pactos prorrupción o preventivos, pero no aquellos suscritos cuando ya se ha presentado la crisis, ni tampoco el convenio regulador. Es precisamente esa visión prospectiva la que permite dudar sobre la conveniencia u oportunidad del acuerdo. Este tipo de negocios, cuya función reside en la búsqueda del equilibrio entre la autonomía de la voluntad y la solidaridad postdivorcio, han crecido exponencialmente, lo que se relaciona con la privatización de las relaciones familiares y el debilitamiento del valor del matrimonio, a lo que quizá deberíamos añadir la insatisfacción que producen algunas resoluciones judiciales y la dificultad que el devenir de los tiempos y los cambios de las estructuras familiares y sociales han ocasionado en la aplicación de las normas del Código, poco adecuadas para la resolución de algunos problemas reales.

En el segundo capítulo, con el título de funcionalidad de los pactos prorrupción, aborda la autora la utilidad de los acuerdos desde un punto de vista real describiendo aquellos supuestos concretos en los que se revelan como una herramienta útil: segundas o ulteriores nupcias; desequilibrios patrimoniales entre cónyuges; corrección de los efectos injustos de la ruptura; protección de la empresa familiar; o matrimonios mixtos, siendo este último supuesto un aspecto novedoso en el tratamiento de la materia, tanto en el ámbito de la ley aplicable analizando los Reglamentos vigentes en la fecha de elaboración del trabajo, con el destacado papel de la autonomía de la voluntad, así como en la posible inclusión de pactos sobre la educación de los hijos.

El extenso capítulo tercero de la primera parte contiene un exhaustivo estudio de derecho comparado acometiendo el análisis de los ordenamientos que se ocupan de la materia y su evolución —especialmente los de corte anglosajón—, familiarizando al lector con la problemática que presentan y en la que coinciden los diferentes derechos centrados especialmente en la validez del acuerdo en el momento de su celebración (destacando la libertad del consentimiento y la adecuada o debida información) y el posterior control de eficacia del negocio en el momento de su cumplimiento, fundamentalmente por la alteración de las circunstancias, temas que serán los que ocupen su atención en la segunda parte del estudio.

Comienza así esta segunda parte con un estudio pormenorizado sobre lo que denomina la autora «control de validez» de los pactos en previsión de ruptura. Para ello acomete un estudio tanto del proceso de formación del consentimiento, incluyendo la labor de información, como sobre el alcance del acuerdo en el momento de su ejecución, siguiendo la línea avanzada. En la primera secuencia el peligro reside en la falta de libertad del consentimiento y en la posible presencia de un desequilibrio negocial por déficit de información; en la segunda en que por el transcurso del tiempo el acuerdo devenga injusto para alguno de los cónyuges.

Siguiendo la línea apuntada la autora avanza cuál sería su postura *de lege ferenda* consistente en permitir los pactos, pero sometidos a un control notarial al tiempo de su formalización en escritura pública, función encomendada precisamente al notario, tanto en cuanto a la capacidad como en la formación de un consentimiento libre e informado, previo asesoramiento

independiente de las partes, así como sobre la legalidad del pacto; junto a esa fase existirá otro control de lesividad, en este caso *ex post*, atribuido al juez en el caso de que sobrevengan circunstancias extraordinarias. La autora va desarrollando esas ideas ordenadamente, mediante el análisis de los diversos controles, extremos a los que me referiré seguidamente.

Tanto la especial naturaleza del objeto, como la evidente relación de confianza que une a los sujetos requieren de especiales cautelas que abarcan ambas fases, la de formación y la de ejecución. En la formación se analiza con detalle por la profesora Rodríguez Guitián la forma, el asesoramiento legal independiente, la información, y la posible exigencia de un periodo mínimo antes del matrimonio. Veamos más despacio cómo se articulan los diversos controles propuestos:

– El primer control para la definitiva eficacia de estos acuerdos sería el de formación del consentimiento, aspecto relacionado con la forma, el asesoramiento o la posible presencia de vicios del consentimiento. Destaca la autora la dificultad de aplicación de la teoría de los mencionados vicios, especialmente cuando existe intervención notarial. Se detiene en el tratamiento de dos cuestiones esenciales como son, por una parte, el análisis de la desigualdad negocial o asimetría en el momento de la celebración del contrato y su relación con la desigualdad de género, materia en la que se mueve con extrema cautela, sin abandonar la perspectiva jurídica. Por otra se plantea, a la vista de los textos supranacionales existentes, la figura de la ventaja excesiva o injusta como posible nuevo vicio del consentimiento, materia que se revela especialmente interesante a las vista de los resultados prácticos.

– El segundo control es la legalidad del contenido de los pactos con el fin de determinar si traspasan o no los límites a la autonomía de la voluntad, prestando atención particular a aquellos que pudieran concernir a los derechos fundamentales de los esposos, especialmente en el caso de renunciaciones anticipadas que puedan afectar a la satisfacción de necesidades básicas, que aborda con detalle. Concluye su análisis con la admisibilidad de un control de legalidad, pero negando por contra hacerlo extensivo a la lesividad del acuerdo, situación en la que el notario debe moverse con cautela respetando la prioridad de la mencionada autonomía.

– El tercer control se traslada *ex post* al momento de exigibilidad del pacto en el que aborda la autora la aplicabilidad de la alteración sobrevenida de las circunstancias con la «modalización» –si se me permite la expresión– de los presupuestos de la cláusula *rebus sic stantibus*. La profesora Rodríguez Guitián examina los requisitos de la doctrina con equilibrio evidenciando las diferencias con el ámbito de los contratos, fijando una atenuación de los mismos desde una perspectiva rigurosa, lo que acompaña con ejemplos concretos. Desde luego, la cláusula ha irrumpido con fuerza en el sector, sirviendo como argumento habitual para la solicitud de modificación de las medidas adoptadas en separación y divorcio, lo que sin duda es un argumento a favor de su aplicación a los pactos prerruptura, sin duda con mayor fundamento por el transcurso del tiempo transcurrido. No obstante, en mi opinión, esas revisiones, justificadas en muchos supuestos desde la propia regulación del Código, no implican siempre un caso de aplicación de la clásica cláusula –que tampoco debería desnaturalizarse en exceso– sino derivados de una interpretación adecuada de las normas que rigen la materia (por ejemplo, la reciente STS de 23 de mayo de 2019, por la que se atribuye al padre la guarda y custodia del hijo por modificación de las circunstancias, no sustanciales

pero sí justificativas del cambio, por la enfermedad psíquica de la madre que se proyecta en el interés del menor, en aplicación del art. 90.3 CC).

Teniendo en cuenta las premisas de las que parte la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la entrada que proporciona a la actuación notarial en la materia se plantea la autora la posibilidad de que ese control posterior incumbiera también al notario, en una suerte de aplicación analógica de lo dispuesto, precisamente, en el mencionado art. 90.3 CC, en relación con los arts. 82 y 87 CC.

Ya en la tercera parte del libro se detiene Rodríguez Guitián en un estudio pormenorizado de ciertos pactos en particular sobre aspectos concretos de las relaciones personales y patrimoniales entre los esposos, con una notable visión práctica de la temática y con apoyo de casos solucionados por los tribunales, nacionales y extranjeros. Especialmente exhaustivo es el análisis de los acuerdos patrimoniales, tanto modificativos o modalizadores de las normas aplicables, como mediante aquellos que crean *ex novo* prestaciones o compensaciones para los esposos. En todos y cada uno de los múltiples aspectos estudiados se aporta jurisprudencia y doctrina, destacando el análisis de la prestación compensatoria y de la atribución del domicilio familiar.

Sin duda alguna se trata de una monografía de imprescindible consulta para quienes tengan interés en el tema, no solo dirigida a los que quieran aprender o profundizar sobre la cuestión, sino también por aportar una destacada visión práctica que puede ayudar a abogados y profesionales a la hora de conocer el tratamiento que los tribunales dispensan hoy por hoy a estos pactos, así como las esperadas líneas de evolución de la materia. Por mencionar solo un ejemplo, alude la autora a los posibles pactos sobre cambios en la atribución de la vivienda familiar teniendo en cuenta las nuevas relaciones personales de los esposos, pactos que la actuación judicial posterior revela que se convertirán en convenientes –si no indispensables– como sucederá a partir de la STS, de pleno, de 20 de noviembre de 2018, sobre los efectos de la introducción de un tercero en la vivienda familiar que provoca un cambio en la consideración de la atribución de su uso en el sentido de dejar de considerarse como tal vivienda, doctrina que, en mi opinión, aconseja pactar sobre el particular, sea en un sentido o en otro, atendiendo también al protegible interés de los hijos.

Hoy por hoy nos movemos en el terreno de la cautela, especialmente a la hora de aplicar el Código civil, pero creo que esa misma cautela debe presidir la hipotética regulación del legislador de cara a un replanteamiento de la materia, pues en muchos casos la reglamentación detallada de los presupuestos de estos pactos, y su posible cumplimiento o no, puede llegar a ocasionar mayor litigiosidad, revelándose imprescindible un conocimiento adecuado y previo del terreno, para lo que son esenciales publicaciones como la que ha ocupado esta recensión.

Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid