

Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher* v. *Granatino*

Equidad, libertad y “elementos extranjeros”

Jens M. Scherpe

University of Cambridge

*Abstract**

La largamente esperada sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido, Radmacher v. Granatino ([2010] UKSC 42, [2011] 1 FLR 1851), ha sido vista por algunos como un golpe contra el status matrimonial y su importancia. Por el contrario, este artículo considera que la sentencia alcanza un equilibrio razonable entre el paternalismo y la autonomía de las partes y que, aplicada correctamente, no amenaza la protección del cónyuge más débil y de los menores. Además, la sentencia es perfectamente coherente con los desarrollos experimentados en Europa (y de hecho, en las jurisdicciones de todo el mundo occidental). La incertidumbre, criticada por otros, es de hecho necesaria, inevitable e incluso deseable en un sistema de ancillary relief que normalmente otorga discrecionalidad a la autoridad judicial para decidir sobre los aspectos financieros del divorcio.

The Supreme Court's long-awaited decision in Radmacher (Formerly Granatino) v. Granatino [2010] UKSC 42, [2011] 1 FLR 1851 has been criticised by some as a blow against the status and significance of marriage. By contrast, this article argues that the decision strikes a reasonable balance between paternalism and party autonomy and, if applied properly, does not jeopardise the protection of the weaker spouse and the children. Furthermore, it is perfectly in line with developments in Europe (and indeed Western jurisdictions around the world). The remaining uncertainty, criticised by others, is actually necessary, unavoidable and even desirable in an ancillary relief system which generally leaves the financial remedies in case of divorce to the discretion of the courts.

Title: Marital agreements in England and Wales after Radmacher v. Granatino. Fairness, freedom and 'foreign elements'

Palabras clave: acuerdo matrimonial, acuerdo prenupcial, acuerdo postnupcial, efectos patrimoniales de la separación o divorcio, derecho comparado, pensiones

Keywords: Marital Agreement, Pre-nuptial Agreement, Post-nuptial Agreement, Ancillary Relief, Comparative Law, Maintenance¹

* El autor agradece a los profesores Walter Pintens, Brian Sloan y Jo Miles sus comentarios. Asimismo, agradece a las profesoras Laura Allueva y Esther Farnós su traducción al español. Todas las opiniones y errores son responsabilidad del autor. Este artículo es una traducción del ya publicado por el autor en el núm. 4, de 2011, de la revista *Child and Family Law Quarterly*, bajo el título "Fairness, freedom and foreign elements -marital agreements in England and Wales after Radmacher v. Granatino", pp. 513-527.

¹ Es importante aclarar qué entiende el Derecho inglés por «ancillary relief» y «maintenance». «Ancillary relief» se refiere a todas las consecuencias financieras que derivan de una separación o divorcio, sin cubrir los aspectos relativos a los menores. «Maintenance» hace referencia a las pensiones a favor del cónyuge más necesitado, con el objetivo de que este último pueda mantenerse. Cabe la posibilidad de que dichas pensiones se limiten en el tiempo.

Sumario

1. Introducción
2. Hechos
3. Historia del caso
4. La decisión de la *Supreme Court*: un test de equidad de dos fases
 - 4.1. El test
 - a. Primera fase. Protección de la autonomía: la incapacidad negocial
 - i. Límites temporales
 - ii. Asesoramiento legal independiente
 - iii. Transmisión completa de la información patrimonial
 - iv. La equidad procedimental y la incapacidad negocial
 - b. Segunda fase. Protección respecto de la autonomía: incoherencia de los de resultados
 - i. ¿Equidad «cualificada»?
 - ii. Requisitos razonables (o *reasonable requirements*) en caso de menores de edad, respeto de la autonomía y protección de patrimonios
 - iii. Los tres ámbitos de la equidad y la incoherencia de resultados
5. Elementos extranjeros (o *foreign elements*)
6. El matrimonio todavía cuenta
7. Tabla de jurisprudencia citada
8. Bibliografía

1. Introducción

El 20.1.2010, la *Supreme Court*² del Reino Unido pronunció, en *Radmacher v. Granatino*³, la que debe considerarse -al menos por el momento- la última palabra en materia de acuerdos matrimoniales. La advertencia es, por supuesto, necesaria ya que la *Law Commission* ha publicado un documento de consulta⁴ sobre el tema y se está a la espera de un informe para el año en curso, que podría conducir a la reforma de la ley. En cualquier caso, como Stephen CRETNEY ha augurado⁵, el caso se convertirá con toda probabilidad en un «hito». Ahora bien, es discutible que la regulación vigente de los acuerdos matrimoniales sea en realidad tan controvertida como el autor⁶ y Lady Hale, ésta última en su voto particular en *Radmacher*, afirman⁷.

2. Hechos

Cuatro meses antes de contraer matrimonio en Londres, la Sra. Radmacher, de nacionalidad alemana y poseedora de una gran fortuna, y el Sr. Granatino, de nacionalidad francesa, firmaron un acuerdo prematrimonial. El acuerdo se celebró ante notario en Alemania, en cumplimiento de todos los requisitos y formalidades legales de acuerdo con la legislación alemana. Este acuerdo establecía que los efectos del matrimonio se regirían por la legislación alemana, mediante el régimen económico matrimonial de separación de bienes⁸, y que en caso de divorcio o muerte, ninguno de los cónyuges podría interponer una demanda contra el patrimonio privativo del otro. No se establecía ninguna opción alternativa a tal cláusula; en particular, no había cláusulas en

² Se ha optado por no traducir los nombres de los tribunales, habida cuenta de que la traducción podría confundir al lector, pues, por ejemplo, las funciones que desarrolla la *Supreme Court* o la *Court of Appeal* en el Reino Unido no son las mismas que las del Tribunal Supremo español o de un tribunal de apelación, respectivamente.

³ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, [2010] 2 FLR 1900.

⁴ *The Law Commission, Marital Property Agreements – A Consultation Paper* (Consultation Paper, núm. 198, 2011, disponible en:

http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/cp198_Marital_Property_Agreements_Consultation.pdf, párrafo 7.20). Véase también COOKE (2011, p. 145).

⁵ CRETNEY (2011, p. 5).

⁶ CRETNEY (2011, p. 7).

⁷ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC, [2010] 2 FLR 1900, párrafos [133], [139] y [160].

⁸ Cfr. con el régimen económico matrimonial de participación en las ganancias, que es el legal en Alemania, o con la comunidad de gananciales francesa. Ambos regímenes económico matrimoniales se aplican desde el día de la celebración del matrimonio y tienen un efecto inmediato sobre las relaciones económicas entre los cónyuges. Para una descripción y comparación de los regímenes económico matrimoniales en Europa, véanse: SCHERPE (2012), PINTENS (2011, pp. 19 y ss.), BOELE-WOELKI y JÄNTERÄ-JAREBORG (2011, pp. 47 y ss.), PINTENS (2009a, pp. 268 y ss.) y PINTENS (2009b, pp. 350 y ss.).

relación con el nacimiento de hijos o las necesidades del marido (o de la esposa). En el caso, pese a trabajar como banquero de inversión con perspectivas de futuro, la situación económica del marido era menos holgada que la de la esposa. Fue la esposa y la familia de ésta quienes presionaron para la celebración del acuerdo, ya que parte de la fortuna familiar había sido transferida a la esposa y se esperaban futuras transferencias de propiedad, de modo que el acuerdo podía proteger, en cierto modo, la riqueza de la familia. El Sr. Granatino no recibió asesoramiento legal independiente ni tampoco existió transmisión completa de la información patrimonial. De hecho, ni el asesoramiento ni la transmisión de dicha información son requeridos por el Derecho alemán o francés, por lo que en ambos países el acuerdo hubiera sido vinculante. La pareja vivía en Londres y tuvo dos hijos. Durante la relación, el marido abandonó su carrera en la banca para hacer un doctorado en biotecnología en Oxford y más tarde una carrera académica, que por supuesto le llevó a tener que soportar una pérdida sustancial de ingresos. Después de 8 años de matrimonio, la pareja se separó, y un año después se divorció en Londres. La guarda de los niños se atribuyó a la madre, previo acuerdo de las partes. No obstante, el marido interpuso una demanda contra su ex mujer solicitando el *ancillary relief*, hecho que topaba con el acuerdo prematrimonial establecido con anterioridad.

3. Historia del caso

El Juez Baron dictó su sentencia el 28.7.2008⁹, siguiendo con el que podemos llamar «punto de vista ortodoxo» de los acuerdos matrimoniales, en referencia a (y confiando en) el *Green Paper Supporting Families*, de 1998¹⁰. La antigua regla según la cual los acuerdos matrimoniales (o acuerdos prenupciales, como prefiere llamarlos la *Supreme Court*) no pueden impedir que el tribunal se pronuncie sobre el reconocimiento de un posible *ancillary relief* en ningún caso fue cuestionada¹¹, por lo que las principales objeciones del Juez Baron para dar peso al acuerdo fueron que éste había tenido en cuenta una serie de garantías establecidas en el *Green Paper*; en particular, la necesidad de asesoramiento legal independiente y la transmisión completa de información patrimonial, la falta de una previsión para el caso de nacimiento de hijos, y la ausencia de una previsión sobre pensiones para el caso de necesidad real¹². Este último aspecto fue el que, según el Juez Baron, reflejaba una injusticia evidente¹³. En consecuencia, el Juez otorgó

⁹ *NG v. KR (Prenuptial Contract)* [2008] EWHC 1532 (Fam), [2009] 1 FLR 1478.

¹⁰ *Home Office, Supporting Families: a consultation document* (HMSO, 1998), párrafo 4.23; también citado en la decisión de la *Supreme Court* en el párrafo [5].

¹¹ *Hyman v. Hyman* [1929] AC 601 (HL), también citado en la decisión de la *Supreme Court*.

¹² Véase *NG v. KR (Prenuptial Contract)* [2008] EWHC 1532 (Fam), [2009] 1 FLR 1478, párrafo [38]. Lo que significa exactamente el término «necesidad real», abordado por la *Court of Appeal* en los párrafos [144] y [148], y por la *Supreme Court* en el párrafo [81], por contraposición a los «requisitos razonables» y a las «necesidades básicas», será con toda probabilidad el eje de un intenso debate académico y judicial.

¹³ *NG v. KR (Prenuptial Contract)* [2008] EWHC 1532 (Fam), [2009] 1 FLR 1478, párrafo [38].

menos peso al acuerdo y concedió al Sr. Granatino 5,5 millones de libras esterlinas, que debían proporcionarle un ingreso anual de por vida de 100.000 libras esterlinas y debían permitirle comprarse una casa en Londres, donde los dos menores podrían visitarlo. Además, debía recibir 35.000 libras por hijo al año hasta que los menores completaran su educación, y la mujer también debía pagarle una suma de dinero que le debería permitir comprar una casa en Alemania, para que los menores pudieran permanecer con él, aunque la casa seguiría siendo propiedad de la esposa.

El recurso de la esposa ante la *Court of Appeal* prosperó en lo relativo al pago en favor del marido pero el tribunal confirmó la sentencia de instancia por lo que respecta a los pronunciamientos en su calidad de padre de los hijos del matrimonio¹⁴. La razón principal alegada por la *Court of Appeal* en su sentencia de 2.7.2009 para admitir el recurso fue que el Juez Baron no había concedido suficiente importancia al acuerdo. Además, el hecho de que las garantías del *Green Paper* no se cumplieran estrictamente no se consideró relevante dadas las particularidades del caso. Con anterioridad a esta resolución, el 17.12.2008 se había decidido *MacLeod v. MacLeod*¹⁵, y la tensión entre ambas decisiones era evidente y tangible en los tres discursos de los jueces de la *Court of Appeal*. La sentencia de la *Supreme Court*, especialmente esperada por los operadores jurídicos, se dictó finalmente el 20.10.2010.

4. La decisión de la Supreme Court: un test de equidad de dos fases

Con independencia de la opinión que a cada uno le pueda suscitar la sentencia de la *Supreme Court*, la misma ha aclarado sin duda alguna el enfoque del Derecho inglés sobre los acuerdos matrimoniales. El tribunal confirmó la regla establecida en *Hyman*, según la cual la jurisdicción de los tribunales para el reconocimiento de un *ancillary relief* no podía verse impedida por un acuerdo privado¹⁶. Sin embargo, el tribunal rechazó la apreciación del *Privy Council* en el caso *MacLeod*, según la cual las secciones 34 y 35 de la *Matrimonial Causes Act* de 1973, que regulan los acuerdos sobre *maintenance*, se aplican a todos los acuerdos postnupciales. La *Supreme Court* sostuvo que la voluntad del Parlamento solo podía ser que esas secciones se aplicasen únicamente a los llamados acuerdos de separación, es decir, a los acuerdos concluidos por las partes para regular una separación existente o inminente¹⁷. La mayoría también acabó con la distinción cuestionable entre los acuerdos prenupciales y postnupciales establecida en *MacLeod*, sosteniendo que cualquier forma de acuerdo matrimonial es contraria al orden público *per se* y

¹⁴ *Radmacher v. Granatino* [2009] EWCA Civ 649, [2009] 2 FLR 1181.

¹⁵ *MacLeod v. MacLeod* [2008] UKPC 64, [2009] 1 FLR 641.

¹⁶ Párrafo [62]. Para un debate sobre por qué es relevante el status contractual en los acuerdos matrimoniales, véase MILES (2011, pp. 431 y ss.).

¹⁷ Párrafos [54]-[56].

que los tribunales deben aplicar los mismos principios en materia de *ancillary relief* en ambos casos¹⁸.

El enfoque actual sobre los acuerdos prenupciales y postnupciales queda reflejado en el pronunciamiento de la mayoría de la *Supreme Court*, en el párrafo 75, en los términos siguientes¹⁹:

«La *Supreme Court* debe otorgar eficacia a un acuerdo matrimonial acordado libremente por las partes con pleno conocimiento de sus implicaciones, excepto que en las circunstancias actuales, en el momento de su consideración, las partes se encontraran en una situación de injusticia».

Este enfoque es muy similar al establecido por el Juez Oliver en el caso *Edgar v. Edgar* 30 años antes, con respecto a los acuerdos de separación:

«... al considerar qué es justo que el tribunal haga en ejercicio de sus competencias en virtud de la *Matrimonial Causes Act* de 1973, a la luz de la conducta de las partes, el tribunal debe, en mi opinión, partir de la posición de que un negocio solemne y libremente negociado por las partes debe cumplirse, excepto que exista alguna razón clara y convincente en contra, como, por ejemplo, un cambio drástico de circunstancias»²⁰.

En términos prácticos, probablemente puede afirmarse que, tras *Radmacher v. Granatino*, donde se cita el pasaje anterior de *Edgar v. Edgar*²¹, todos los acuerdos matrimoniales están, en muchos aspectos, sujetos a las mismas consideraciones²². Ahora bien, en el caso de los acuerdos de separación, las consideraciones de justicia que pueden justificar una intervención probablemente serán menores pues, a diferencia de los acuerdos prenupciales y postnupciales, los acuerdos de separación se celebran generalmente con pleno conocimiento de los hechos relevantes y no pretenden regular un futuro incierto.

En cualquier caso, la propuesta -que esencialmente equivale a un test- formulada por la *Supreme Court* conlleva que en Inglaterra y en Gales se otorgue a los acuerdos matrimoniales un enfoque parecido al que se otorga en otras jurisdicciones -sin sacrificar la característica central del *ancillary relief* en esta jurisdicción, es decir, la posibilidad de que el tribunal aplique su criterio a fin de lograr un resultado justo. Qué debe considerarse justo, por supuesto, permanece en el ojo del espectador²³, por lo que la *Supreme Court* estableció qué debe entenderse por equidad. Pero antes de examinar este punto con detalle, es necesario poner de relieve la estructura del análisis, que se

¹⁸ Párrafos [63]-[66].

¹⁹ Las citas de sentencias han sido traducidas, por lo que su literalidad no ha podido ser globalmente respetada.

²⁰ [1980] 1 WLR 1410, 1424.

²¹ Párrafo [39].

²² MILES (2011, p. 437), MILES (2012) y SCHERPE (2012).

²³ Véase *White v. White* [2001] 1 AC 596 por Lord Nicholls en p. 599, [2000] 2 FLR 981.

configura mediante el test de la *Supreme Court* y que es sorprendentemente similar a la adoptada en muchas jurisdicciones de todo el mundo²⁴.

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»)²⁵ 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 encontrarán en una situación de injusticia». Esta segunda fase es de «equidad sustantiva», y el examen se centra en el contenido real del acuerdo.

El profesor Kevin GRAY en un contexto diferente y con un propósito diferente ha distinguido entre «incapacidad negocial» e «incoherencia de resultados»²⁶. Esta terminología es también muy apta para los acuerdos matrimoniales, ya que describe muy bien lo que se hace en las dos fases del test.

La primera fase, la de «incapacidad negocial» o «justicia procesal», se fija en la conducta de las partes y en las circunstancias en el momento de la celebración del acuerdo, y no en el resultado del acuerdo al ser aplicado. En esta etapa, se hace hincapié en la protección de la autonomía de la persona -lo que la *Supreme Court* describe al referirse a un «acuerdo alcanzado libremente por las partes» y «con conocimiento pleno de sus implicaciones». Así, la tarea en esta etapa consiste en hacer frente a la conducta o circunstancias que se rechazan de por sí en el contexto específico de los acuerdos matrimoniales y que, por lo tanto, deberían conducir a rechazar el acuerdo o, en el contexto jurídico inglés, a darle menos peso o un peso nulo en ejercicio de la discrecionalidad judicial.

La revisión del contenido del acuerdo, que en la mayoría de los casos será la fase más importante, es en gran medida la segunda fase, la de la «equidad sustantiva» o de «incoherencia de resultados». Mientras que aquí las circunstancias en el momento de la conclusión del acuerdo todavía pueden tener un impacto, esta fase no se centra en la protección de la autonomía. Por el contrario, incluso si el acuerdo se firmó libremente, con pleno conocimiento y de manera autónoma, ahora podría ser anulado o revocado por el tribunal si el resultado del mismo, en las

²⁴ Véanse las decisiones del TC alemán (*Bundesverfassungsgericht*, de 6.2.2001, *FamRZ* 2001, 343 y de 29.3.2001, *FamRZ* 2001, 985) y del Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*, de 11.2.2004, *FamRZ* 2004, 601) que establecieron las dos fases del test en Alemania, distinguiendo entre la validez general del acuerdo matrimonial (*Wirksamkeitskontrolle*) y la equidad del mismo en el momento en que se invoca (*Ausübungskontrolle*). En relación con el test alemán, véanse DUTTA (2012), Scherpe (2007, pp. 18 y ss.), DAUNER-LIEB (2010, pp. 580 y ss.), DETHLOFF (2011, pp. 65 y ss.). Para una visión comparada de los acuerdos matrimoniales y de la estructura del test adoptado por distintas jurisdicciones, véase SCHERPE (2012).

²⁵ ELLMAN (2012).

²⁶ GRAY (1996, p. 259), GRAY y GRAY (2009, p. 1234) y SLOAN (2012).

circunstancias actuales, se considera abusivo. Por lo tanto, en cierto modo, estamos protegiendo al cónyuge respecto de la autonomía, es decir, de los resultados a qué puede conducir su decisión autónoma.

4.1. El test

a. Primera fase. Protección de la autonomía: la incapacidad negocial

La primera fase del test se centra en garantizar que la decisión de celebrar un contrato matrimonial sea libre e informada. Hasta la decisión de la *Court of Appeal* en *Radmacher*, las tres garantías «procedimentales» consagradas en el *Green Paper Supporting Families*²⁷ (asesoramiento legal independiente, transmisión completa y veraz de información, mínimo de 21 días entre la celebración del acuerdo y el matrimonio) se consideraban las piedras angulares de los acuerdos matrimoniales. Sin embargo, tanto la *Court of Appeal* como la *Supreme Court* consideraron, con razón, que no eran «esenciales» ni «deseables»²⁸. Estas garantías procesales son ahora objeto de análisis.

Las mencionadas garantías son las siguientes:

i. Límites temporales

En Inglaterra y Gales se han hecho varias propuestas para implementar normas que obliguen a que los acuerdos prenupciales celebrados dentro de un plazo de tiempo determinado antes del matrimonio no sean vinculantes; por ejemplo, la *Home Office* proponía un plazo de 21 días²⁹ y el *Centre for Social Justice*, un plazo de 28 días³⁰. El *Irish Study Group on Pre-Nuptial Agreements* también propuso un período de 28 días³¹. *Resolution* (una organización británica de abogados de familia basada en la resolución alternativa de conflictos) incluso recomendaba 42 días como un «mínimo» (o *cooling-off period*) entre la fecha del acuerdo y la fecha del matrimonio³².

²⁷ Véase nota al pie 9.

²⁸ Párrafo [69].

²⁹ *Home Office, Supporting Families: a consultation document* (HMSO 1998), párrafo 4.23.

³⁰ *Centre for Social Justice, Every Family Matters* (2009, disponible en: http://www.centreforsocialjustice.org.uk/client/downloads/WEB%20CSJ%20Every%20Family%20Matters_sma%20llres.pdf, párrafos 192 y 223; última visita: 15.9.2011).

³¹ *Study Group on Pre-Nuptial Agreements, Report of the Study Group on Pre-Nuptial Agreements*, presentado ante *Tánaiste and Minister for Justice Equality and Law Reform*, abril de 2007, p. 84.

³² *Resolution, Family Agreements – Seeking Certainty to Reduce Disputes: the Recognition and Enforcement of pre-nuptial and post-nuptial agreements in England and Wales* (2009, disponible en :

La idea de fondo que justificaría la necesidad de un límite temporal es que tal límite «impediría un acuerdo prenupcial que se impusiera a los individuos poco antes de contraer matrimonio, cuando no fuesen capaces de resistir»³³. Esto parece dar a entender que los acuerdos prenupciales son (o al menos pueden ser) lo que el *Privy Council* en el caso *MacLeod v. MacLeod* denominó «el precio que una parte puede obtener por su disposición a casarse»³⁴. Esto puede ser cierto en algunos casos (aunque ciertamente no en todos), pero sea como fuere, la efectividad de los mencionados plazos resulta bastante cuestionable.

Para empezar, cualquier número específico de días (o meses) sería arbitrario; es difícil argumentar que un acuerdo firmado, por ejemplo, 29 días antes de la celebración del matrimonio se presume «justo», mientras que no lo es uno firmado 27 días antes. Más importante aún, un plazo fijo puede frustrar de dos modos las expectativas de las partes interesadas. En primer lugar, los acuerdos celebrados poco antes de la celebración del matrimonio pueden ser el resultado de negociaciones consideradas cuidadosamente durante un largo período de tiempo, aunque el acuerdo resultante acabe concluyéndose poco antes de la celebración del matrimonio. E incluso, en ausencia de las prolongadas negociaciones, el contenido de un acuerdo alcanzado poco antes de la celebración del matrimonio puede ser completamente inobjetable, pero, sin embargo, el límite temporal impediría su eficacia. En segundo lugar, como la *Law Commission* ha señalado acertadamente³⁵, el límite desplaza la presión del acuerdo hacia el día límite: no lo neutraliza. Un límite de tiempo no evita una situación como la de «firma el acuerdo o no hay boda». Dado que siempre habrá alguna forma de presión para firmar acuerdos (y tal vez incluso para casarse)³⁶, la pregunta clave debe ser cuándo la presión llega a ser tal que el tribunal debería no tener en cuenta el acuerdo o otorgarle menos peso. Por lo tanto, es de agradecer que la *Supreme Court* no fijara el tiempo entre el acuerdo y la celebración del matrimonio como un factor independiente, sino que permitiera que esas cuestiones fueran cubiertas por una cláusula general de equidad procesal³⁷.

http://www.resolution.org.uk/site_content_files/files/family_agreements.pdf, párrafos 5.11-5.12; última visita: 15.9.2011).

³³ *Home Office, Supporting Families*, véase nota al pie 9, párrafo 4.23.

³⁴ *MacLeod v. MacLeod* [2008] UKPC 64, UKPC 64, párrafo [36].

³⁵ *Law Commission*, véase nota al pie 3, en p. 109. Véase también la crítica al límite temporal de 21 días propuesto por la *Home Office*, por HOOKER (2001, p. 57), donde califica el límite de «error».

³⁶ Véase Lord Nicholls, en relación con la excesiva influencia en un contexto diferente, en el caso *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No 2) and other appeals* [2001] UKHL 44, [2001] 2 FLR 1364, párrafos [6]-[8].

³⁷ De hecho, los límites temporales no se usan en otras jurisdicciones. Véase SCHERPE (2012). Uno de los ejemplos lo hallamos en el art. 1615(c)(2) del Código de familia californiano, que requiere un período de 7 días entre el momento en que la parte conoce del acuerdo y recibe asesoramiento legal independiente y el momento de su firma. Por lo tanto, el límite temporal no se relaciona con la celebración del matrimonio y se usa para asegurarse de que existe la oportunidad de poder disponer de asesoramiento legal independiente. Véase ELLMAN (2012).

ii. Asesoramiento legal independiente

El requisito del asesoramiento legal independiente ha sido percibido como esencial para los acuerdos matrimoniales en las jurisdicciones de derecho común³⁸. Por ejemplo, en Australia, la regulación de los acuerdos matrimoniales se introdujo en el 2000, y se dio particular importancia a la asistencia letrada. La forma y el contenido del asesoramiento se delimitó de forma estricta - hasta tal punto que quienes lo tenían que poner en práctica encontraron que se trataba de una carga no solo demasiado pesada, sino demasiado arriesgada en términos de posible responsabilidad³⁹. En 2009, la ley fue reformada para permitir que el tribunal considerase un acuerdo matrimonial como vinculante aun cuando el asesoramiento legal independiente no se hubiese recibido, siempre que el tribunal estuviese convencido, en atención a las circunstancias, de que considerar el acuerdo no vinculante entre los cónyuges sería injusto y desigual⁴⁰.

El enfoque de la *Supreme Court* del Reino Unido en *Radmacher* (y antes de la *Court of Appeal*) es muy similar:

«Es probable que en el documento de consulta de la *Home Office* las garantías sean muy relevantes pero consideramos que la *Court of Appeal* estaba en lo correcto, en principio, al preguntar si existía alguna laguna material de transmisión completa de información patrimonial, información o asesoramiento. El asesoramiento legal independiente es obviamente deseable, porque asegura que una parte comprende las implicaciones de un acuerdo, y por ello la transmisión completa de la información patrimonial a la otra parte también puede serlo. Pero si está claro que una parte es plenamente consciente de las implicaciones de un acuerdo prenupcial e indiferente a los detalles particulares de los activos de la otra parte, no hay necesidad de conceder al acuerdo menos peso porque él o ella desconoce los detalles»⁴¹.

Por lo tanto, tanto en Australia como en Inglaterra y Gales, el asesoramiento legal independiente no es un requisito para que un acuerdo matrimonial sea considerado determinante⁴². El

³⁸ Véanse los informes nacionales de Inglaterra (MILES), Irlanda (CROWLEY), Nueva Zelanda (BRIGGS), Australia (JESSEP) y de las jurisdicciones estadounidenses (ELLMAN), en SCHERPE (2012) y HODSON (2011). Algunas (aunque no todas) jurisdicciones de derecho civil requieren que el acuerdo se firme ante notario, que es el encargado de asesorar a los cónyuges. Véanse SCHERPE (2012) y los informes nacionales de Bélgica y Francia (PINTENS), España (FERRER RIBA), Suiza (JÄNTERÄ-JAREBORG), Alemania (DUTTA), Holanda (BOELE-WOELKI y BRAAT), en SCHERPE (2012).

³⁹ Véanse JESSEP (2010, p. 104), JESSEP (2012), FEHLBERG y SMYTH (2002, p. 127), WILSON (2011).

⁴⁰ *Family Law Act 1975* (Cth), s 90G(1A), que entró en vigor el 4.1.2010. Véanse el libro y el artículo de JESSEP (nota al pie anterior).

⁴¹ *Radmacher (Formerly Granatino) v. Granatino* [2010] UKSC 42, [2010] 2 FLR 1900, párrafo [69], énfasis en el texto original.

⁴² Véase HARPER y FRANKLE (2012).

asesoramiento legal independiente es un factor -y sin duda un factor importante-, pero su ausencia no constituye un impedimento absoluto⁴³.

En cualquier caso, aunque el asesoramiento legal independiente pretende que cada cónyuge comprenda las consecuencias del acuerdo matrimonial, de ninguna manera constituye una garantía completa para la parte que firma el acuerdo en una posición desventajosa respecto de la otra parte. Como el Juez Hardie Boys puso de relieve en una decisión de la *Court of Appeal* de Nueva Zelanda, las disposiciones relativas al asesoramiento legal no protegen a quien ignora el asesoramiento⁴⁴. En las circunstancias especiales de los acuerdos matrimoniales, en particular en el caso de los prenupciales, el optimismo poco realista acerca del matrimonio puede llevar a una parte a adherirse a las condiciones desfavorables bajo la creencia de que el acuerdo nunca se invocará en un futuro. Además, la negociación o la renegociación de los términos del acuerdo puede parecer un abuso de confianza o una falta de confianza en la relación; por lo que el (futuro) cónyuge podría haber aceptado términos que no le eran favorables⁴⁵. En consecuencia, incluso el mejor asesoramiento legal nunca será *la* garantía contra los acuerdos matrimoniales injustos, sino *una* garantía más. Dicho esto, es claro que el asesoramiento legal independiente debe ser perseguido por la mayoría de las partes al celebrar un acuerdo matrimonial y debería ser seriamente recomendado.

iii. Transmisión completa de la información patrimonial

Según la Supreme Court, la no revelación de información patrimonial solo debe afectar la validez del acuerdo matrimonial si constituye un aspecto sustantivo del mismo. De forma similar, el *Irish Study Group on Pre-Nuptial Agreements* recomendó revelar toda la información patrimonial relevante⁴⁶. De hecho, es difícil ver por qué se debe exigir una transmisión completa en todos los casos, pues dicha información puede ser muy costosa y requiere mucho tiempo, lo que en la última fase de la disputa fomenta largas investigaciones y litigios. ¿Por qué otorgar menos peso a un acuerdo si al final resulta que hay activos no por valor de 100 millones de dólares sino más bien por 102 millones de dólares? Del mismo modo, si no hay duda de que uno de los cónyuges es muy rico y los dos acuerdan la separación de bienes en su acuerdo matrimonial (como en *Radmacher*), es difícil ver por qué es necesario saber exactamente la cantidad de los bienes que tiene el otro cónyuge. Ahora bien, es indudable que habrá casos en que la transmisión de

⁴³ Esta idea contrasta con el punto de vista de la *Home Office* en su *Green Paper*, así con el punto de vista generalmente aceptado en Derecho inglés antes de *Radmacher*. Curiosamente, parece que la postura según la cual el asesoramiento legal independiente no era un requisito obligatorio era la postura mantenida por las jurisdicciones del *Common Law* de Singapur (colonias británicas). Véanse, LEONG (2012), LEONG (2010a, p. 107), LEONG (2010b, p. 289) y ONG (2009).

⁴⁴ *Coxhead v. Coxhead* [1993] 2 NZLR 397 (CA) en 404.

⁴⁵ Véase DETHLOFF (2011, p. 87).

⁴⁶ *Study Group on Pre-Nuptial Agreements*, p. 84.

información podría marcar la diferencia, y estos casos están cubiertos por el test de la *Supreme Court*. Así, mientras que la transmisión completa y veraz no es necesariamente obligatoria para los acuerdos matrimoniales, ésta debe recomendarse muy encarecidamente, sobre todo a la parte que desea excluir determinados activos⁴⁷.

iv. La equidad procedimental y la incapacidad negocial

La celebración del matrimonio y la celebración de un acuerdo matrimonial pueden ser la fuente de diferentes tipos de presiones indebidas. Sin embargo, es preferible un enfoque integral para señalar los problemas individuales que pueden determinar si el acuerdo o su conclusión es procesalmente justa (como la transmisión completa y veraz de información patrimonial, el asesoramiento legal independiente, los factores temporales, etc.). Por sí mismo, el incumplimiento de cualquiera, o incluso de la totalidad, de estos requisitos no necesariamente debe determinar que el acuerdo no subsista, aunque por supuesto cada uno de ellos podría hacerlo en las circunstancias adecuadas. Por lo tanto, los problemas individuales solo deben ser indicativos de un posible carácter abusivo del procedimiento y, con ello, de incapacidad negocial. Lo decisivo es si la decisión de firmar el acuerdo matrimonial fue informada y consciente. El objetivo de la norma jurídica es la protección de la autonomía. Solo en el caso en que la autonomía de una o ambas partes se vea afectada de tal forma que las posiciones de negociación de los cónyuges ya no pueden verse como iguales, porque uno de los cónyuges ya no es realmente libre, las circunstancias o la conducta alcanzan el nivel de incapacidad negocial. Solo entonces el tribunal podría otorgar menos peso al acuerdo o incluso prescindir del mismo, ya que se considera injusto en la primera fase del test de la *Supreme Court*.

b. Segunda fase. Protección respecto de la autonomía: incoherencia de los de resultados

La segunda fase del test de la *Supreme Court* se refiere al contenido del acuerdo. El acuerdo tendrá efecto a menos que en las circunstancias vigentes en el momento de su ejecución no fuera justo su mantenimiento. Esto es así, en especial (aunque no exclusivamente), cuando el acuerdo:

«...intenta hacer frente a las contingencias, desconocidas y a menudo imprevistas, de la futura relación de la pareja, puesto que hay mayor margen para que lo que les suceda con el paso de los años pueda convertir en injusto sujetarles al acuerdo. Las circunstancias de las partes con el tiempo pueden cambiar de modos o hasta límites que no podían preverse o simplemente no se previeron. Ello será más frecuente en función de la mayor duración del matrimonio»⁴⁸.

⁴⁷ Curiosamente, en la mayoría de jurisdicciones europeas, los bienes poseídos antes del matrimonio (ya sean recibidos mediante donación o mediante herencia) no forman parte de los bienes matrimoniales, por lo que en ningún caso se comparten entre los cónyuges en caso de ruptura. En consecuencia, el deber de transmisión completa de la información patrimonial es innecesario y se hará en el interés de la parte que pretende excluir bienes. Véase SCHERPE (2012).

⁴⁸ Párrafo [80], en relación con el párrafo [73] en el discurso del Juez Rix en la decisión de la *Court of Appeal*, [2009] EWCA Civ 649, [2009] 2 FLR 1181.

De ahí que la atención se centre en el momento en que el acuerdo se invoca, y lo que se examina es si el resultado en caso de que se siga el acuerdo es justo o injusto y, en la terminología que aquí se sugiere, coherente o incoherente. En consecuencia, incluso si la conducta en el momento de la conclusión del acuerdo era completamente inobjetable y el resultado –de haberse ejecutado el acuerdo en ese momento– justo, la ley podrá, por razones políticas (es decir, para proteger al cónyuge más débil y a los menores) anular la decisión original autónoma de la pareja y dar un peso menor o nulo al acuerdo matrimonial, simplemente si el resultado en el momento en que se invoca el acuerdo es injusto o inconsciente. En otras palabras, la ley protege a los cónyuges de sus propias decisiones autónomas originales.

i. ¿Equidad «cualificada»?

Tras *Radmacher*, la evaluación de fondo de un acuerdo matrimonial tiene que ver con la justicia del mismo. Esto no puede sorprender en un sistema de *ancillary relief* basado en la discreción judicial para lograr resultados justos en los casos individuales, en contraposición a los sistemas que ofrecen mayor seguridad, tales como los regímenes económico matrimoniales de las jurisdicciones continentales. La verdadera pregunta es, por lo tanto, si los criterios de equidad para los acuerdos matrimoniales son diferentes de los seguidos generalmente al establecer medidas de *ancillary relief*. Algo, sin embargo, debe quedar lo suficientemente claro: una comparación con lo que los cónyuges hubiesen recibido bajo el régimen legal puede tener una utilidad limitada. Después de todo –como la *Court of Appeal* de Nueva Zelanda destaca en *Harrison v. Harrison*– «el verdadero propósito de las partes es pactar algo que difiera del régimen legal»⁴⁹.

Afortunadamente, la *Supreme Court* se abstuvo de «calificar» la equidad mediante el uso de expresiones como «injusticia severa»⁵⁰ o «injusticia sustancial»⁵¹. Como la *Law Commissioner* Prof. Elizabeth Cooke apuntó correctamente en una conferencia pública en el *King's College* de Londres⁵², tal calificación de equidad parece implicar que la «injusticia normal» es aceptable, y es sin duda cuestionable si la ley debe promover o permitir de inicio cualquier forma de injusticia. Por otro lado, se puede argumentar que si el umbral de seriedad no se supera, en realidad no hay injusticia a los ojos de la ley, aunque ello obliga a preguntarse por qué se utilizó el término «severa» o «sustancial». Así pues, en esencia, poco se ganaría mediante dicha adición. Sin

⁴⁹ *Harrison v. Harrison* [2005] 2 NZLR 349 (CA), párrafo [81]. Sorprendentemente, el tribunal no vio este factor como un argumento a favor de los acuerdos de separación. Véanse BRIGGS (2012) y SCHERPE (2012).

⁵⁰ Como por ejemplo la *New Zealand Property (Relationships) Act 1975*, s 21J.

⁵¹ Por ejemplo, el párrafo 7.05(1) de los *American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*.

⁵² Titulada «The end of romance? The Law Commission's consultation on marital property agreements», de 31.3.2011. Ver asimismo los párrafos 7.37–7.47 del documento de consulta de la *Law Commission* (nota al pie 3).

embargo, con el fin de guiar a los tribunales para determinar si los acuerdos matrimoniales son justos, la *Supreme Court* establece algunos criterios.

ii. Requisitos razonables (o *reasonable requirements*) en caso de menores de edad, respeto de la autonomía y protección de patrimonios

El primero de estos criterios no sorprende, dada la clara obligación en el artículo 25 (1) de la *Matrimonial Causes Act* de 1973 sobre la necesidad de tomar en consideración el bienestar de los menores: un acuerdo matrimonial contrario a las necesidades de cualquiera de los hijos de la familia no puede admitirse⁵³. El segundo es que, en general, la autonomía de las partes (y, por lo tanto, el acuerdo) debe ser respetada: sería paternalista anular el acuerdo simplemente porque el tribunal tiene mejores conocimientos. Esto es particularmente cierto cuando el acuerdo se basa en circunstancias específicas y no solo en contingencias de un futuro incierto⁵⁴. El tercer criterio prepara el camino para el siguiente elemento de orientación sobre lo que debe percibirse como justo, es decir, que la *Supreme Court*, confirmando lo apuntado por el Juez Rix en una decisión de la *Court of Appeal*⁵⁵, sostuvo que la propiedad de los bienes adquiridos antes del matrimonio o la propiedad que se espera que sea adquirida durante el mismo (por ejemplo, por herencia), no puede por sí misma ser considerada como inherentemente injusta y, por lo tanto, será generalmente confirmada⁵⁶. Este es probablemente uno de los mensajes más importantes para los profesionales, ya que a menudo, los acuerdos prenupciales se concluirán por esta razón. Sin embargo, esta garantía se condiciona a una advertencia importante.

iii. Los tres ámbitos de la equidad y la incoherencia de resultados

La distinción entre la propiedad matrimonial y no matrimonial es, por supuesto, familiar desde la decisión de la *House of Lords* en *Miller v. Miller, McFarlane v. McFarlane*⁵⁷, en que se identificaron los tres ámbitos de la equidad –necesidad, compensación y distribución del patrimonio (o *needs, compensation and sharing*)⁵⁸. Pero la distinción entre los diferentes grupos de propiedad en realidad solo era relevante para la tesis de distribución igualitaria, ya que tanto las necesidades como la compensación podían exigir que la propiedad no matrimonial fuese distribuida por

⁵³ Párrafo [77].

⁵⁴ Párrafo [78].

⁵⁵ [2009] EWCA Civ 649, [2009] 2 FLR 1181, párrafo [73].

⁵⁶ Párrafo [79].

⁵⁷ *Miller v. Miller, McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24, [2006] 1 FLR 1186.

⁵⁸ *Ibid*, per Lord Nicholls, párrafos [11]-[16] y Baronesa Hale, párrafos [138]-[141]. El tercer ámbito, que en Reino Unido se denomina «sharing», se refiere a la distribución del patrimonio, tanto del activo como del pasivo.

razones de equidad. En esencia, la *Supreme Court* acoge el mismo enfoque en relación con la equidad en el caso de los acuerdos matrimoniales⁵⁹:

«De los tres ámbitos identificados en *White v. White* y *Miller v. Miller*, son los dos primeros, las necesidades y la compensación, los que pueden determinar que un acuerdo prenupcial sea injusto. Es probable que las partes hayan previsto que el acuerdo, en caso de ruptura del matrimonio, deje a un miembro de la pareja en una situación de verdadera necesidad, mientras que el otro miembro está bien o mejor, y ello hará que sea poco probable que las partes den su consentimiento al acuerdo prenupcial. Igualmente, el hecho de que uno de los cónyuges se haya dedicado al cuidado de la familia y del hogar, dejando a la otra parte libre para acumular riqueza implicará probablemente que sea injusto exigir a las partes un acuerdo que dé derecho a mantener todo lo que éste ha ganado a costa del otro.

Donde, sin embargo, estas consideraciones no se aplican y cada parte está en condiciones de cumplir con sus necesidades, la equidad no requerirá huir del acuerdo convenido. Por lo tanto, es en relación con el tercer ámbito, la distribución, donde el tribunal tiene más margen de maniobra para alcanzar soluciones distintas a las pactadas por las partes».

Esto significa que tras *Radmacher* pactar sin tener en cuenta este tercer ámbito va a considerarse justo, y los acuerdos que así lo hagan se considerarán justos -y éste es el punto crucial-, en la medida en que los otros dos ámbitos no se vean afectados. Esto significa que incluso cuando el acuerdo establece una completa separación de la propiedad y no considera ningún tipo de *maintenance*, el tribunal puede y debe dictar las órdenes para cubrir las necesidades de los cónyuges y para compensar las desventajas generadas⁶⁰, 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.

Sin embargo, lo que es motivo de preocupación es el uso del término «necesidad real» (o *real needs*) en este contexto⁶¹. Qué significa exactamente (y si en realidad significa algo diferente de las necesidades) no está claro⁶², pero la redacción ciertamente parece sugerir una «tipología inferior de necesidad» y puede ser que un acuerdo reduzca lo que de otro modo se habría concedido a través del sistema de *ancillary relief*. Una posible -y sensible- interpretación sería que la reducción a la «necesidad real» no es más que la intención de eliminar el estándar de la norma de la vida marital que se encuentra en la sección 25 (2) (c) de la *Matrimonial Causes Act*. Esto solo sería una extensión lógica del argumento de la protección de ciertos patrimonios, sobre todo en los casos en

⁵⁹ Párrafos [81]-[82].

⁶⁰ Sin dejar de lado las dificultades prácticas en la aplicación de estos conceptos.

⁶¹ Véase nota al pie 11.

⁶² Véanse *Law Commission Consultation Paper*, (nota al pie 3), párrafo 2.57 y párrafos 7.50 y ss.; así como MILES (2011, pp. 443 y ss.).

que el estándar de vida marital se basa básicamente en la riqueza que uno de los cónyuges adquirió antes del matrimonio o por donación o herencia durante el mismo.

5. Elementos extranjeros (o foreign elements)

Mediante la aceptación de los acuerdos que no tienen en cuenta el tercer ámbito mencionado, el de la distribución de la riqueza, pero sí los ámbitos de las necesidades y de la compensación, el Derecho inglés se ha acercado a las regulaciones de otros países europeos (y no europeos)⁶³. Si bien razones de espacio impiden una descripción detallada de los regímenes económico matrimoniales continentales, las disposiciones para el *maintenance*, las pensiones de jubilación, etc.⁶⁴, en resumen, estas jurisdicciones operan con regímenes económico matrimoniales con una comunidad universal de propiedad (por ejemplo, los Países Bajos), una comunidad de gananciales (por ejemplo, Francia), una participación en las ganancias (por ejemplo, Alemania), una comunidad diferida de la propiedad (por ejemplo, Dinamarca) o un régimen de participación en las ganancias/adquisiciones (por ejemplo, Suiza). Si bien estos regímenes económico matrimoniales son muy diferentes unos de otros, todos resultan aplicables desde el día de la celebración del matrimonio, y por lo tanto, desde ese día despliegan consecuencias financieras y de propiedad para la pareja. Lo que también tienen en común es que la división de bienes en caso de divorcio (con unas reglas tasadas) es solo una parte de la fotografía, totalmente independiente de otros efectos derivados del divorcio. En particular, la prestación por desequilibrio se rige por normas diferentes (y discrecionales). La propiedad y el *maintenance* se ven como aspectos que sirven fines completamente diferentes, y las necesidades no son una consideración general de la división de los bienes bajo el régimen económico matrimonial⁶⁵. Esta distinción entre el régimen de propiedad y los demás efectos no se reconoce en Inglaterra y Gales, no al menos por el fuerte énfasis en el domicilio conyugal -que no se encuentra generalmente en el continente⁶⁶. La compensación se basa, en las jurisdicciones continentales, en varios y distintos remedios, mientras que en Inglaterra y Gales, se asume un punto de vista unitario y el tribunal distribuye un único lote.

Los regímenes económico matrimoniales de las jurisdicciones continentales delimitan los derechos de propiedad de los cónyuges y proporcionan reglas claras de división de los bienes en

⁶³ Véase SCHERPE (2012).

⁶⁴ Véanse las referencias de la nota al pie 7.

⁶⁵ Véanse COOKE (2006, p. 41) y SCHERPE (2012).

⁶⁶ Los instrumentos europeos de ejecución siguen esta distinción, por lo que deben encontrarse diferentes formas de ejecución en relación con las órdenes relativas al régimen económico matrimonial y al *maintenance*, respectivamente. Tal como se ha apuntado en otros sitios (SCHERPE y DUTTA [2010, p. 385]) es esencial que las órdenes que tienen que ser ejecutadas en el extranjero dejen absolutamente claro si se refieren a aspectos relativos al régimen económico matrimonial o al *maintenance*.

caso de divorcio, pues existen normas claras sobre la división de los bienes en caso de divorcio⁶⁷. El régimen económico matrimonial por defecto puede no ser el adecuado para todos los matrimonios (aunque probablemente lo sea para la gran mayoría), pero los sistemas jurídicos continentales otorgan prioridad a la seguridad jurídica sobre la equidad individual con respecto a la propiedad, otorgando a los otros efectos de la ruptura un tratamiento separado (mayoritariamente discrecional) a través del *maintenance*. No obstante, dado que ello podría conducir a dificultades en algunos casos, los acuerdos matrimoniales se permiten en todas las jurisdicciones, permitiendo a la pareja optar por un régimen distinto al que se aplica por defecto y alcanzar sus propios acuerdos con respecto a las relaciones de propiedad. La diferencia de Inglaterra y Gales, donde no existe un régimen económico matrimonial como tal por defecto es, por lo tanto, importante. Como Lord Wilson, de forma extrajudicial ha resumido: «en los sistemas continentales, los acuerdos matrimoniales reemplazan un resultado definido con otro resultado definido, mientras que en Inglaterra y Gales, un resultado que depende de la discreción del juez, es sustituido por un resultado definido»⁶⁸.

Además, dado que los regímenes económico matrimoniales, ya sea el que se aplica por defecto como el que se elige mediante acuerdo, despliegan efectos desde la celebración del matrimonio, la función de los acuerdos matrimoniales es completamente diferente -no son, como se percibe en Inglaterra y Gales, contratos de divorcio, sino contratos matrimoniales, ya que se aplican en caso de matrimonio y no solo en caso de divorcio⁶⁹. Por lo tanto, es muy preocupante que la *Supreme Court*, a diferencia de la *Court of Appeal*, otorgara al «elemento extranjero» tan poca atención y, que esencialmente lo tratase como un mero indicador sobre si la pareja pretendía o no quedar obligada por el acuerdo⁷⁰.

Las normas de derecho internacional privado establecen que un tribunal inglés siempre aplicará la ley del foro al adoptar medidas de *ancillary relief*, es decir, el Derecho inglés. Pero cuando se considera la equidad de un acuerdo matrimonial debería considerarse si el tribunal ignoró por completo el propósito y la función del acuerdo matrimonial extranjero, particularmente en los casos en que los derechos de propiedad de la pareja ya estuvieron efectivamente gobernados por el acuerdo durante algún tiempo, por ejemplo, mientras la pareja vivía en el extranjero. Aquí el acuerdo matrimonial habrá desplegado efectos jurídicos importantes durante un período de tiempo, y la pareja (e incluso terceros) se habrán basado en el acuerdo y habrán actuado en consecuencia. Este aspecto no puede pasarse por alto. Por ejemplo, la pareja podría haberse casado y haber vivido en una jurisdicción con un régimen económico matrimonial de comunidad

⁶⁷ Solo pocas jurisdicciones permiten al tribunal (cierta) discrecionalidad en este punto. Por ejemplo, Polonia, Serbia y Australia (a pesar de que en estas jurisdicciones la discrecionalidad es raramente usada), y en las comunidades nórdicas. Véanse las referencias de la nota al pie 7.

⁶⁸ Lord Wilson en su prefacio a SCHERPE (2012).

⁶⁹ Ello explica por qué los acuerdos matrimoniales no estaban sujetos a las mismas objeciones de política pública.

⁷⁰ Párrafo [74].

de propiedad, con uno de los cónyuges siendo trabajador autónomo e incurriendo en riesgos significativos en su negocio. En tal situación, los abogados de esa jurisdicción recomendarán, a menudo, la celebración de un acuerdo que pacte un régimen de separación de la propiedad, por lo que el otro cónyuge estará protegido en caso de materialización del riesgo. Del mismo modo, los acuerdos podrían haberse celebrado por motivos fiscales o por otros motivos de planificación de los bienes, y la propiedad matrimonial haberse organizado en consecuencia. Por lo tanto, hacer caso omiso al «elemento extranjero» es una situación insostenible si el criterio para el ejercicio de la discreción debe ser la equidad. La equidad bien entendida exige tomar en cuenta la finalidad y la función del acuerdo matrimonial. El mejor enfoque, por lo tanto, es el propuesto por el Juez Thorpe, en la decisión de la *Court of Appeal*⁷¹:

«...en futuros casos en línea con el presente, el juez debe tomar debidamente en cuenta el régimen económico matrimonial libremente pactado por las partes. No se trata de aplicar una ley extranjera, ni de dar cumplimiento a un contrato ajeno a la tradición inglesa. Se trata, a mi juicio, de un ejercicio legítimo de la facultad discrecional que se confiere a los jueces para lograr la *equidad* entre las partes en el procedimiento de medidas relacionadas con el divorcio».

6. El matrimonio todavía cuenta⁷²

La *Supreme Court* concedió al Sr. Granatino lo que posiblemente podría haber recibido en virtud del Anexo 1 de la *Children Act* de 1989, lo que llevó a Lady Hale a afirmar que la *Court of Appeal* (y, en consecuencia, la mayoría de la *Supreme Court*) cometió un error al equiparar la propiedad matrimonial con la no matrimonial⁷³. También se ha afirmado que *Radmacher* tiene una dimensión de género, en que la decisión de la mayoría perjudica al cuidador principal (todavía más a menudo la madre), y que -al menos tácitamente- la decisión ha perjudicado o ha modificado la institución del matrimonio⁷⁴. Sin embargo, ¿se encuentra bajo una verdadera amenaza el «punto de vista igualitario y no discriminatorio del matrimonio» -que, tal como Lady Hale señala⁷⁵ correctamente, fue realmente adoptado por el Derecho inglés desde *White v. White*⁷⁶? Ciertamente, como Lady Hale apunta, «¿respetar la autonomía individual de la pareja refleja un tipo diferente de igualdad⁷⁷?». De todos modos, Lady Hale sugirió un test alternativo:

⁷¹ *Radmacher v. Granatino* [2009] EWCA Civ 649, párrafo [53].

⁷² El autor ha optado por titular este sexto apartado usando la última frase del voto particular de Lady Hale en *Radmacher v. Granatino*, según la cual «Marriage still counts for something in the law of this country and long may it continue to do so», párrafo [195].

⁷³ Párrafo [195].

⁷⁴ Véanse el voto particular de Lady Hale, en los párrafos [137]-[138] y [195], así como HERRING, HARRIS y GEORGE (2011a y 2011b, p. 367), BULL (2010, p. 28) y HERRING (2010, p. 1551). Sin embargo, véase MILES (nota la pie 15).

⁷⁵ Párrafo [178].

⁷⁶ [2001] 1 AC 596, [2000] 2 FLR 981.

«¿Pactaron las partes libremente el acuerdo, con la intención de que tuviese efectos jurídicos y con pleno conocimiento de sus implicaciones? De ser así ¿sería justo mantenerlo en las circunstancias actuales?»⁷⁸.

A primera vista, el test parece muy similar al de la mayoría, y en su discurso, Lord Mance declaró que no podía:

«... creer que la diferencia de redacción pudiera ser importante en la práctica. Parece que se relaciona principalmente con el punto de partida o de responsabilidad, cuando al estar ante el ejercicio discrecional las circunstancias aparecen comparadas con las que existían o se habían contemplado en la fecha del acuerdo antenupcial»⁷⁹.

Sin embargo, la carga de la prueba puede ser importante en gran medida en la práctica⁸⁰, y precisamente algunos de los seis puntos en los que Lady Hale no está de acuerdo con la mayoría se refieren en realidad a este punto (así como con la «presunción» que la inversión de la carga de la prueba crea inevitablemente). Antes de *Radmacher*, era la persona que quería que el acuerdo matrimonial se tuviera en cuenta quien tenía que argumentar por qué el tribunal debía considerar justos sus términos, pero ahora la situación se ha invertido.

Sin embargo, en sociedades en las que la libertad en general y la libertad contractual en particular son valores esenciales, es, como Lord Mance señaló, «natural, en primer lugar, preguntarse si las circunstancias actuales convierten el acuerdo previamente celebrado en injusto»⁸¹. De hecho, esta es la postura de la mayoría de las jurisdicciones occidentales respecto de los acuerdos matrimoniales⁸². El verdadero desafío, por lo tanto, se encuentra en las garantías que protegen los valores que subyacen en las disposiciones del Derecho de familia, en general, y en los sistemas de *ancillary relief*, en particular. Aquí las opiniones de Lady Hale y de la mayoría no parecen diferir en gran medida y, de hecho, la misma Lady Hale señala que:

«[e]n el estado actual del Derecho, no puede haber reglas estrictas, por lo que no hace falta decir que puede ser más justo aceptar la modificación del principio de distribución patrimonial que los principios de necesidad y compensación»⁸³

⁷⁷ Párrafo [178].

⁷⁸ Párrafo [169].

⁷⁹ Párrafo [129].

⁸⁰ Véanse HARPER y FRANKLE (nota al pie 40) y SCHERPE (2007, pp. 18 y ss.).

⁸¹ Párrafo [129].

⁸² SCHERPE (nota al pie 8) y DETHLOFF (nota al pie 22, pp. 85 y ss.).

⁸³ *Ibid.*

En consecuencia, es mínimo el desacuerdo existente sobre la necesidad de otorgar mayor libertad a las parejas en relación con el tercer ámbito mencionado, y en la conveniencia de convertir las necesidades y la compensación en el núcleo del sistema, que no puede dejarse a la libre disposición de los cónyuges. La crítica a la resolución del caso por Lady Hale parece surgir de la *Court of Appeal* y de la opinión mayoritaria sobre las necesidades del Sr. Granantino, lo que tiene por objeto la aplicación de la ley más que la ley en sí misma. Es por ello que ni las políticas ni la estructura (aparte de la carga de la prueba) del «nuevo test» se ponen en cuestión. Corresponde ahora a los tribunales aplicar este test, teniendo en cuenta el ámbito de protección del sistema de *ancillary relief*, en casos individuales. *Radmacher* ha dejado claro que tanto las necesidades (¿«reales»?) como la compensación son partes indispensables del «pack» del matrimonio, y ni las normas legales actuales ni las propuestas para los convivientes en pareja estable en Inglaterra y Gales cubren estos aspectos ni en su totalidad ni al menos en la misma extensión⁸⁴. Por lo tanto, el sistema de *ancillary relief* es un criterio cuestionable para evaluar el valor de la institución del matrimonio. Sin embargo, aún aceptando este criterio, el matrimonio todavía cuenta algo en Inglaterra y Gales.

7. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Caso</i>	<i>Partes</i>
[2010] UKSC 42	<i>Radmacher v. Granatino</i>
[2008] EWHC 1532	<i>NG v. KR (Prenuptial Contract)</i>
[2008] UKPC 64	<i>MacLeod v. MacLeod</i>
[2006] UKHL 24	<i>Miller v. Miller, McFarlane v. McFarlane</i>
[2005] 2 NZLR 349	<i>Harrison v. Harrison</i>
[2001] 1 AC 596	<i>White v. White</i>
[1993] 2 NZLR 397	<i>Coxhead v. Coxhead</i>
[1980] 1 WLR 1410	<i>Edgar v. Edgar</i>
[1929] AC 601	<i>Hyman v. Hyman</i>

⁸⁴ Véase *The Law Commission, Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown* (Consultation Paper, núm. 179, 2006, e informe núm. 307, 2007). Está claro que el hecho de que éste sea el caso es una cuestión completamente distinta.

8. Bibliografia

BOELE-WOELKI y JÄNTERÄ-JAREBORG (2011), "Initial Results of the Work of the CEFL in the Field of Property Relations Between Spouses", en BOELE-WOELKI, MILES y SCHERPE (Coords.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, pp. 47 y ss.

BRIGGS (2012), "Marital Agreements and Private Autonomy in New Zealand", en SCHERPE (Coord.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, pp. 256-288.

BULL (2010), "More questions than answers", *Law Society Gazette*, Vol. 10, núm 2, pp. 28 y ss.

COOKE, BARLOW y CALLUS (2006), *Community of property - a regime for England and Wales?*, Nuffield Foundation, London.

COOKE (2011), "The Law Commission's Consultation on Marital Property Agreements", *Family Law*, pp. 145 y ss.

CRETNEY (2011), "Foreword", en GILMORE, HERRING y PROBERT (Coords.), *Landmark Cases in Family Law*, Hart Publishing, pp. 6 y ss.

DAUNER-LIEB (2010), "Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle", *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, núm 210, pp. 580 y ss.

DETHLOFF (2011), "Contracting in Family Law: A European Perspective", en BOELE-WOELKI, MILES y SCHERPE (Coords.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, pp. 65 y ss.

DUTTA (2012), "Marital Agreements and Private Autonomy in Germany", en SCHERPE (Coord.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, pp. 158-199.

ELLMAN (2012), "Marital Agreements and Private Autonomy in the United States", en SCHERPE (Coord.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, pp. 403-442.

FEHLBERG y SMYTH (2002), "Binding Pre-Nuptial Agreements in Australia: The First Year", *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 16, pp. 127 y ss.

FERRER RIBA (2012), "Marital Agreements and Private Autonomy in Spain", en SCHERPE (Coord.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, pp. 350-369.

GRAY (1996), "Property in Common Law Systems", en VAN MAANEN y VAN DER WALT (Eds.), *Property Law on the Threshold of the 21st Century*, pp. 259 y ss. .

GRAY y GRAY (2009), *Elements of Land Law*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford.

HARPER y FRANKLE (2012), "An English Practitioner's View on Pre-nuptial, Post-nuptial and Separation Agreements", en SCHERPE (Coord.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, pp. 122-143.

HERRING (2010), "20:10:2010", *New Law Journal*, núm. 160, pp. 1551 y ss.

HERRING, HARRIS y GEORGE (2011a), "Ante-nuptial agreements: fairness, equality and presumptions", *Law Quarterly Review*, núm. 127, pp. 335-339.

--- (2011b), "With this ring I thee wed (terms and conditions apply)", *Family Law*, pp. 367 y ss.

HOOKE (2001), "Prenuptial Contracts and Safeguards", *Family Law*, núm. 56, pp. 57 y ss.

HODSON (2011), "English Marital Agreements for International Families after Radmacher", *International Family Law*, pp. 31 y ss.

JÄNTERA-JAREBORG (2012), "Marital Agreements and Private Autonomy in Sweden", en SCHERPE (coord.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, pp. 370-402.

JESSEP (2010), "Section 90G and Pt VIIIA of the Family Law Act 1975 (Cth)", *Australian Journal of Family Law*, núm. 24, pp. 104 y ss.

--- (2012), "Marital Agreements and Private Autonomy in Australia", en SCHERPE (Coord.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, pp. 17-50.

LEONG (2010a), "The Law in Singapore on Rights and Responsibilities in Marital Agreements", *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 107 y ss.

--- (2010b), "The Law in Singapore on Rights and Responsibilities in Marital Agreements", *The Sydney Law Review*, pp. 289 y ss.

--- (2012), "Marital Agreements and Private Autonomy in Singapore", en SCHERPE (Coord.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, pp. 311-349.

MILES (2011), "Marriage and Divorce in the Supreme Court: for Love or Money? ", *Modern Law Review*, núm. 74, pp. 431 y ss.

MILES (2012), "Marital Agreements and Private Autonomy in England and Wales", en SCHERPE (Coord.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, pp. 89-121.

PINTENS (2009a), "Ehegüterstände in Europa", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, pp. 268 y ss.

--- (2009b), "Ehegüterrecht", en Basedow, Hopt y Zimmermann (Coords.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (Mohr Siebeck), Vol. I, pp. 350 y ss.

--- (2011), "Matrimonial Property Law in Europe", en BOELE-WOELKI, MILES y SCHERPE (Coords.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, pp. 19 y ss.

ONG (2009), "Prenuptial agreements: a Singaporean perspective in *TQ v TR*", *Children and Family Law Quarterly*, pp. 536 y ss.

SCHERPE (2007), "A Comparative View of Pre-Nuptial Agreements", *International Family Law*, pp. 18 y ss.

--- (2012), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, pp. 443-518.

SCHERPE y DUTTA (2010), "Cross-border enforcement of English ancillary relief orders - Fog in the channel, Europe cut off? ", *Family Law*, pp. 385 y ss.

SLOAN (2012), *Informal Carers and Private Law*, Hart Publishing, Oxford.

WILSON (2011), "An Australian Perspective on International Pre-Nuptial Agreements", en SALTER, BUTRUILLE-CARDEW, FRANCIS y GRANT (Coords.), *International Pre-Nuptial and Post-Nuptial Agreements*, Jordan Publishing, Bristol.