

PACTOS PRENUPCIALES

Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

Mayo 2023



I.- CONTRACTUALISMO EN EL AMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA. II.- ¿VINCULAN LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN CASO DE DIVORCIO? III.- CONVENIOS DE PAREJAS DE HECHO ESTABLES. IV.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL CONYUGAL V.- EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS: PROHIBICIÓN DE PACTOS DISCRIMINATORIOS VI.- JURISPRUDENCIA SOBRE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS PACTOS PRENUPCIALES



Los acuerdos prematrimoniales son pactos o contratos entre futuros cónyuges que suelen tener como finalidad la regulación de los efectos económicos o incluso personales de una posible ruptura matrimonial.

Su origen es anglosajón, aunque como se estudiará más adelante son regulados en algunos ordenamientos forales como el catalán y cada vez más aceptados por nuestros tribunales.

Es una manera de alcanzar un acuerdo cuando las cosas todavía están bien entre la pareja, en lugar de esperar al convenio regulador que, por su propia naturaleza, llega en un momento en el que muchas veces la relación entre los cónyuges está ya demasiado deteriorada como para alcanzar un pacto.

Quizás los más comunes en el ámbito de las competencias de un juzgado de familia son los pactos del régimen económico matrimonial y renuncia a indemnización por trabajo en el hogar y pensión compensatoria, y sobre ello trata este trabajo.



I.- CONTRACTUALISMO EN EL AMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

Como se establece en la STS 130/2022, de 21 de febrero: En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 del Código Civil -CC en adelante-) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 C. Civil , a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 Código Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts 231-19 del Código Civil Catalán y en el art. 25 del ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana.

En el ámbito del Derecho privado rige tradicionalmente el principio de la libre autonomía voluntad (art. 1255 del CC), que tiene sus raíces constitucionales en el art. 1 de la CE, que proclama la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, el art. 10, en tanto en cuanto reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, así como el art. 38, en el que se declara la libertad de empresa, y, en consecuencia, la facultad que corresponde a las personas de establecer los pactos o convenios que consideren procedentes para configurar sus relaciones.

Este principio de la libre autonomía de la voluntad se está integrando cada vez más en el derecho de familia, especialmente en las relaciones horizontales entre los cónyuges o de los miembros de la pareja, siempre que los pactos no sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges – art.90.2 CC-. La sentencia de esta Sala 414/1987, de 25 de junio, destacaba que "actualmente se reconoce un auténtico **contractualismo en el ámbito del derecho de familia**".



II.- ¿VINCULAN LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN CASO DE DIVORCIO?

Los arts. 1323 y 1326 del CC, reformados por ley 11/1981, de 13 de mayo, establecen que "*los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*", así como "*las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio*".

La sentencia de 22 de abril de 1997, traída a colación por la de 31 de marzo de 2011, Rc. 807/2007, pone de relieve que en las situaciones de crisis

matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: "en primer lugar, el **convenio en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia**; en segundo lugar, el **convenio regulador aprobado judicialmente** queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el **convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico**, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mismo que prevé el artículo 90 CC".

Por consiguiente, los pactos, que celebran los cónyuges, regulando sus relaciones personales y patrimoniales, cuando la pareja se halla en una situación de pacífica relación, son perfectamente válidos y exigibles, siempre que concurren los requisitos de toda clase de contratos; es decir, consentimiento, objeto y causa (art. 1261 del CC), y se respeten las exigencias de forma ad solemnitatem, requeridas para determinados actos jurídicos, y siempre que los acuerdos adoptados no sobrepasen los límites que a la libre autonomía de la voluntad de las partes impone el art. 1255 del CC: no sean contrarios a la ley imperativa, a la moral y al orden público.

Dentro de este marco legítimo del principio de la libre autonomía de la voluntad de los cónyuges se encuentran por ejemplo los pactos relativos a la pensión compensatoria, cara a determinar el derecho a percibirla o no; fijar, en caso afirmativo, su duración, o establecerla sin límite temporal preestablecido; capitalizarla mediante una prestación única o periódica; constituirla bajo fórmulas de usufructo o renta vitalicia; delimitar, en fin, su contorno, así como las causas por las que dejaría de devengarse o extinguirse.

La STS 233/2012, de 20 de abril, señala que la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración.

En el momento de la celebración, la valoración de su eficacia se centrará en el contenido del acuerdo, cómo se forjó ese consentimiento, cual fue la forma de celebración del acuerdo y si las partes contaron con capacidad suficiente para celebrarlo.

En cuanto al momento de la resolución sobre el reconocimiento y ejecución del acuerdo, es necesario **verificar su reciprocidad y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia**, y en atención al contenido del acuerdo qué circunstancias tienen los cónyuges en ese momento y si difieren o no de las que existían al momento de celebrar el acuerdo.

Estos pactos son *lex inter partes* (ley entre las partes) en los términos del art. 1091 del CC y deben cumplirse a tenor de sus cláusulas (sentencias 827/2010, de 17 de diciembre; 44/2017, de 25 de enero y 136/2021, de 10 de marzo), lo que conforma una elemental manifestación del respeto que merece la palabra dada reflejada en la regla latina *pacta sunt servanda* (los acuerdos deben ser mantenidos).

Así, en esta fase será importante tener dos reglas presentes: **“pacta sunt servanda”** y **“rebus sic stantibus”**.

Por ejemplo, tras la concepción de un hijo, la aplicación del principio contractualista “mientras continúen así las cosas” -“rebus sic stantibus”-, lo que determina el embarazo y posterior nacimiento del hijo puede dar lugar a una moderación de lo pactado, pues puede suponer un hecho que lo cambia todo, e incluso puede tenerse por no válido el pacto, pues afecta a un tercero que no forma parte de dicho pacto, como es el hijo; incluso puede llegar a ser discriminatorio en cuanto a la corresponsabilidad parental, y por ende contrario a la ley y orden público, además de contrario al interés superior del menor.

En cualquier caso la intervención de un notario en este tipo de pactos prematrimoniales para el caso de una posible ruptura dota de una ventaja probatoria sobre la existencia del pacto, y además la escritura pública

constituye una garantía de la efectiva concurrencia de los elementos estructurales del pacto y de la libre emisión y conformación del consentimiento; esto último, en razón del deber del notario de proporcionar a las partes la información que puede ser determinante para la valoración de la existencia de vicios de la voluntad.

Para revisar la legalidad y eficacia de estos pactos en un procedimiento de divorcio es necesario tener en cuenta las circunstancias de los cónyuges en las que se firmó el acuerdo y también las circunstancias en el momento de su revisión judicial.

En el ámbito territorial del Código Civil la validez de dichos acuerdos en principio no va a depender de si se celebran en documento público o privado. La exigencia de forma dependerá del contenido del acuerdo.

No sucede así en el Código Civil Catalán, pues el **artículo 231.20.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil**, no permite la opción del documento privado.

La exclusión o limitación de derechos que se recojan en los pactos en previsión de ruptura matrimonial, deberán tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia (artículo 231-20.3 del Código Civil de Cataluña), resultando posible la revisión de la eficacia del pacto si en el momento en que se pretende el cumplimiento es gravemente perjudicial para un cónyuge, y el mismo acredita que existen nuevas circunstancias que no se previeron ni se podían razonablemente prever en el momento de su adopción (231-20.5 del Código Civil de Catalunya).

Se permite incluir en los capítulos matrimoniales pactos referentes a la regulación de las posibles consecuencias derivadas de la crisis matrimonial, siendo posible adoptarlos en una escritura que no sea capitular, con un papel esencial del notario no sólo como fedatario, sino que en los casos de renuncia debe el notario ser garante de que hayan

pactado con suficiente información por los otorgantes sobre las respectivas situaciones patrimoniales y expectativas económicas.

En el **artículo 231-20 del Código Civil Catalán**, que nos puede servir de referencia para los restantes territorios, se regulan los pactos en previsión de una ruptura matrimonial de la forma que sigue:

“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”.

Establece que el notario, antes de autorizar la escritura, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con respecto al régimen legal supletorio, y advertirlos del deber recíproco de informarse su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas.



III.- CONVENIOS DE PAREJAS DE HECHO ESTABLES

En esta materia debe recordarse que no se puede aplicar la normativa del matrimonio a las uniones de hecho, y que por tanto la unión no matrimonial, por el mero hecho de iniciarse, no conlleva el nacimiento de un régimen de comunidad de bienes.

No es el mismo régimen de las parejas que se someten a un régimen matrimonial establecido legalmente, que las parejas de hecho, de forma que no es posible legalmente imponer a las parejas estables no casadas un determinado régimen jurídico patrimonial, sean parejas registradas o no, salvo que estas por acuerdo se adhieran a un régimen económico de los legalmente previsto, mediante un acto de voluntad o acuerdo libre de la pareja (SSTC, 93/2013, de 23 de abril, y 110/2016, de 9 de junio de 2016, respecto de las leyes Navarra y Valenciana respectivamente).

Tiene declarado el Tribunal Constitucional en la precitada sentencia 93/2013, de 23 de abril, con relación al recurso de inconstitucionalidad respecto de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, que no cabe reglar la unión libre con normas imperativas e irrenunciables, pues constituye un atentado a los derechos al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a no contraer matrimonio (art. 32 CE).

En el régimen económico matrimonial los bienes de los cónyuges si están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 del CC). Incluso en el régimen de separación de bienes, donde cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiriera por cualquier título (art. 1437 CC), conforme al art. 1438 CC, los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Esa contribución debe hacerse, a falta de convenio, y por exigencia del mismo art. 1438 CC, en proporción a los respectivos recursos económicos de los cónyuges. Añade el precepto que el trabajo "para la casa" será computado como contribución a las cargas y, además, dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

Sin embargo, en la pareja de hecho, salvo pacto en convenio, no se tiene obligación de contribuir al levantamiento de las cargas que derivan de la convivencia en común; no obstante, también salvo pacto, con arreglo a los artículos 392, 393.1 y a 395,1 de Código Civil, los copropietarios participan tanto en los beneficios como en las cargas que genere, y por tanto deben sufragarlas por mitad las que afecten a la cosa común.

La renuncia de derechos también constituye la concreción de la autonomía de la voluntad (y libre desarrollo de la personalidad de los convivientes), siempre que no se efectúe en el marco de los artículos 1255 y 1261 del Código Civil.



IV.-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL **CONYUGAL**

En cuanto a la responsabilidad civil contractual del artículo 1.101 del Código Civil, este texto legal no exceptúa su aplicación en el ámbito familiar, pero la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999, nº 701/1999 cierra la puerta al reconocimiento de una indemnización por

la vía de la responsabilidad contractual en casos de incumplimiento de deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil.

Entendió que tales incumplimientos son merecedores de un reproche ético-social, que tal vez sea más acentuado respecto del deber de fidelidad, pero la única consecuencia jurídica es la separación, nulidad o divorcio, y la pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 del Código Civil o la indemnización derivada del trabajo para la casa en separación de bienes del art. 1438 del Código Civil, pero no cabe la exigibilidad de una indemnización dentro del precepto general del artículo 1.101 del Código Civil, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alternación de la convivencia familiar puede obligar a indemnizar.



V.- EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS: PROHIBICIÓN DE PACTOS DISCRIMINATORIOS

Los derechos fundamentales que la Constitución Española reconoce también pueden ser un límite a la autonomía de la voluntad de las partes en los pactos prematrimoniales o en las capitulaciones matrimoniales.

La doctrina *Drittwirkung* es de origen alemán y aboga por la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

La STS de 13 de julio de 2007, RC núm. 2940/2002, se refirió a la eficacia entre particulares de algunos derechos fundamentales, o la protección horizontal de ciertos derechos fundamentales -"Drittwirkung der

Grundrechte"-, que puede ocasionar un conflicto de intereses por la colisión de derechos fundamentales, lo que exige la intervención judicial. En esta sentencia se señala que "(...) el control judicial debe actuar cuando la dirección de la persona jurídica se aparta de su propia normativa o contraviene normas imperativas del ordenamiento jurídico o bien atenta a principios de derechos constitucionales.

Evidentemente el contenido de algunas de las disposiciones del **Convenio Europeo de Derechos Humanos** y sus Protocolos tienen eficacia inter privados. Así, el de la igualdad entre los esposos (art. 5 del Protocolo núm. 7), afectan en particular a estos pactos.

La eficacia horizontal del Convenio se puede analizar desde dos perspectivas normativas: por un lado, la del Convenio y de la jurisdicción supervisora que incumbe al Tribunal Europeo de Derechos Humanos; por otro lado, la de los derechos internos de los Estados parte en el Convenio y de sus sistemas jurisdiccionales.

Los Estados contratantes no están obligados a incorporar a su derecho interno las garantías del Convenio (STEDH de 8 de julio de 1986). La aplicación del Convenio en el ámbito interno será, en su caso, parasitaria del orden constitucional y legal de los Estados.

En consecuencia, si el Convenio incide en las relaciones entre particulares, y dependerá en último término de lo que dispongan los ordenamientos nacionales. Si el Convenio forma parte del derecho interno y en este se reconoce a los particulares la posibilidad de invocar directamente los derechos fundamentales frente a particulares, el Convenio también se beneficiará normalmente de esa eficacia inmediata en las relaciones entre particulares.

El Convenio no protege derechos ilusorios, sino reales, y la interpretación del mismo debe adaptarse a la evolución de los tiempos, y determinadas violaciones de los derechos garantizados por el Convenio que son producidas por individuos, por particulares, compele a los Estados y

existen condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por no hacerlo, a la aprobación de las normas tendentes a evitar que tal situación se produjera, y a las autoridades que debían haberlas detectado a tomar las medidas necesarias, dentro del ámbito de sus competencias, para evitar ese riesgo.

El artículo 14 de la Constitución de 1978 proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación, citando como motivos especialmente rechazables el nacimiento, la raza, el sexo, la religión u opinión, y prohibiendo la discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social.

Además, el apartado segundo del artículo 9 establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sea real y efectiva. Así, la no discriminación se constituye como un complemento del derecho a la igualdad y como garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas. Su vinculación inmediata con la dignidad de la persona, uno de los fundamentos, según el artículo 10 de la Constitución, del orden político y de la paz social, expresa además el carácter necesario de la igualdad como elemento esencial para la construcción de una sociedad cada día más justa.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación garantiza estos derechos. Señala en su artículo 26 que son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley.

El artículo 2 de la Ley 15/2022 señala que se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición

genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

No obstante, podrán establecerse diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley.

El derecho a la no discriminación no es exactamente igual al derecho a la igualdad.

La discriminación es degradar la dignidad de la persona, por lo que el derecho a no ser discriminado se relaciona con la dignidad de la persona. Por eso este derecho se aplica no solo frente a poderes públicos, también entre particulares. Señala el artículo 2.4 de la precitada Ley 15/2022 que las obligaciones establecidas en la presente ley serán de aplicación al sector público. También lo serán a las personas físicas o jurídicas de carácter privado que residan, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia, en los términos y con el alcance que se contemplan en la presente ley y en el resto del ordenamiento jurídico.

Se prohíben las discriminaciones directas e indirectas, pero se permiten cuando está justificadas acciones positivas que logren eliminar los estereotipos sociales discriminatorios.

Conviene resaltar la diferencia entre el derecho a la igualdad, que admite tratar de manera distinta si es razonable, que el derecho a no ser discriminado, que obliga a tratar igual a todas las personas, pues afecta a la dignidad de las personas, y por ello las excepciones que pudieran existir deben ser muy restrictivas y fundamentadas.

La igualdad de derechos ante el matrimonio -32 CE- y la prohibición de discriminación del artículo 14 de la CE, convierte en nulo cualquier pacto prematrimonial que no respete dicha igualdad de derechos que recoge el artículo 66 del Código Civil o que fuere discriminatorio para una parte.

En cuanto a los pactos concretos en los que quepa aplicar esta doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales nos centraremos en dos ejemplos:

A) LOS ESPOSOS PACTAN QUE DEBEN TENER RELACIONES AL MENOS CUATRO VECES POR SEMANA.

Es un pacto incoercible cuya consecuencia en España sólo puede ser que se solicite el divorcio o la separación, y las derivadas de este.

La exigencia forzosa de dicho pacto como obligación personalísima iría en contra de la dignidad de la persona (art. 10.1 de la CE).

No puede admitirse bajo ningún concepto que el acceso carnal llegue a ser una especie de débito conyugal, como obligación de la mujer y derecho del hombre o viceversa, e incluso si se ejercen actos de violencia o intimidación para vencer esa voluntad puede ser constitutivo de un delito de agresión sexual con la agravante de parentesco – arts. 178, 179 y 180 4ª del Código Penal-.

La libertad sexual de los esposos es la de toda persona, no cambia por su estado civil.

El matrimonio no supone sumisión de un cónyuge al otro, ni mucho menos enajenación de voluntades ni correlativa adquisición de un derecho ejecutivo cuando se plantee un eventual incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, si así puede entenderse la afectividad entre los casados o ligados por relación de análoga significación.

Por otra parte, condicionar un divorcio, y la protección a la familia y a los hijos de esta, a que el esposo y progenitor si hubiere hijos, mantenga un número determinado de cópulas, no sólo es banalizar la institución del matrimonio, es ir contra el orden público y atentatorio a la dignidad de la persona e incluso contrario al interés de esos hijos, contrario por tanto al artículo 10.1 y 39 de la Constitución Española y al artículo 1255 del Código Civil.

Además, también en este pacto existiría una inconcreción de que se entiende por “relaciones”, y por lo tanto cabe estimar que no hay un objeto concreto ni un consentimiento válido (art. 1261, 1300 y 1310 del Código Civil), y además la obligación no es recíproca para ambos, pues afecta a uno de los cónyuges, y por lo tanto es discriminatorio (1328 del CC), consiguientemente es nulo tal pacto para el ordenamiento jurídico español.

En cualquier caso, una demanda basada en la condena al demandado al pago de la indemnización derivada de este pacto no sería competencia de un juzgado de familia especializado en reparto, sino de un juzgado civil ordinario.

B) PACTAN QUE, EN CASO DE INFIDELIDAD DEL ESPOSO, SERÁ LA ESPOSA LA QUE SE QUEDE CON LA CUSTODIA DE LOS HIJOS EN COMÚN DE LA PAREJA.

Es el caso de Brad Pitt y Angelina Jolie, que en su pacto prematrimonial acordaron que la actriz se quedaría con la custodia de todos sus hijos en el caso de que él le fuera infiel.

Los pactos prematrimoniales sobre cómo se repartirían la patria potestad o el sistema de guarda de los menores sería un negocio de familia a valorar por el juez, pues es una materia no dispositiva, y la valoración judicial se centraría tanto sobre el momento del acuerdo, con la carga de la prueba sobre su validez por el que la esgrima (217 de la LEC), como en el momento que se quiera hacer valer, valorando el interés del menor en primer lugar y el plan de parentalidad que conllevaría llevar a efecto ese pacto, con carga de la prueba del que fuere contra el mismo respecto de una causa justificada para su cambio de postura que evite que se le declare que está actuando en contra de sus propios actos *-venire contra factum proprium non valet-*, teniendo en cuenta que cuando en la relación jurídica familiar se pactó dicho acuerdo, se produjo en el que sostiene el acuerdo o pacto una fundada confianza de que en el caso de divorcio el otro aceptaría lo acordado y actuaría de buena fe conforme al mismo (artículo 7.1 del Código Civil) y convierte en inadmisibles las pretensiones que resultan contradictorias con el pacto, salvo que aporte una justa causa y

especialmente que demuestre que el pacto va en contra del superior interés del menor, que precisamente lo que no requiere ese interés es un conflicto judicial entre los que detentan la patria potestad conjunta o compartida, pues en cierto modo se discapacitan como padres causándole no sólo un maltrato, sino también una situación de riesgo si ese conflicto impide una toma de decisiones conjunta de ambos progenitores sobre los deberes de la patria potestad, como sería en los comunes casos de falta de comunicación entre sus padres sobre los asuntos básicos educativos, sanitarios, de residencia y de otra índole importante para el menor.

Pero es evidente que la concreción del interés de los hijos entre el que se encuentra la determinación o modificación del sistema de guarda, no puede hacerse depender de la infidelidad de su padre. Por otra parte, ni siquiera se concreta que debe tenerse por infidelidad, y este es un concepto muy subjetivo y cultural.

Además, en este pacto se impone un cambio de guarda o una guarda exclusiva materna en caso de infidelidad del esposo. No se prevé lo mismo si la infiel es la esposa, por lo que adolece el pacto de falta de reciprocidad, es discriminatorio, además de no precisar con claridad el objeto y por ende falta un consentimiento informado, es contrario a la igualdad de deberes y derechos entre los esposos en el matrimonio que se preceptúa en el artículo 1328 del CC, y artículo 1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Por lo que el pacto adolece de nulidad en tales términos para el ordenamiento jurídico español (1261, 1300 y 1310 del CC).



VI.- JURISPRUDENCIA SOBRE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS PACTOS PRENUPCIALES

CASO PRIMERO: Es interesante el caso que resuelve la STS, a 30 de mayo de 2018 (ROJ: STS 1925/2018-ECLI:ES:TS:2018:1925), número de

Resolución: 315/2018, procedente de la Audiencia Provincial de Valencia, pues analiza la validez de los pactos prematrimoniales desde la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

El caso fue el siguiente: José Miguel nacido en el año 1950 y Gloria en el año 1971, ambos divorciados, él abogado, y ella residente en Rusia y madre de una hija; se conocieron en las redes sociales, viniendo Gloria, con su hija, a España e iniciando una convivencia con el Sr. José Miguel, en el año 2006. El 18 de junio de 2009 comparecieron ante notario, manifestando, entre otras cosas, que, en caso de separación o divorcio, ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal cuyo uso corresponderá al esposo.

El 18 de diciembre de 2009 contrajeron matrimonio.

Sobre estos hechos declara la STS 30 de mayo 2018:

1. Ambos cónyuges habían contraído matrimonios previos, de los que habían obtenido el divorcio.
2. Dña. Gloria se desplazó desde Rusia, para luego traer a su hija, con consentimiento de D. José Miguel.
3. Convivieron desde 2006 y el acta de notarial de manifestaciones se otorga en 2009, seis meses antes de contraer matrimonio. La demanda de divorcio se interpone seis años después.
4. En la sentencia de instancia, no contradicha en este aspecto por la de apelación, consta que Dña. Gloria conocía el idioma castellano cuando firmó el acta de manifestaciones, como lo garantiza la presencia del fedatario público.
5. D. José Miguel otorgó testamento el 21 de diciembre de 2011 instituyendo heredera a Dña. Gloria y mejorándola. Igualmente la nombró beneficiaria en las prestaciones de la Mutuality de la Abogacía.

De lo expuesto razona que Dña. Gloria conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa, y por la posibilidad de obtener explicaciones del notario.

El suficiente conocimiento del idioma era un hecho probado.

Cabe analizar si los pactos prematrimoniales son contrarios al orden público.

Debemos declarar que la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que posibilitan un marco económico fluido, por lo que no consta alteración del orden público.

Es más, los cursos desarrollados por Dña. Gloria , en España, en la Escuela Oficial de Idiomas, homologando su conocimiento del ruso y cursando estudios de español para extranjeros y de inglés, le facultan para una rápida inserción laboral que no hace aconsejable la fijación de una pensión compensatoria y por ello no puede entenderse cuestionado el orden público (1255 del C. Civil).

Estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, no se sometió a Dña. Gloria a una situación de previsible precariedad.

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.

Consiguientemente 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: *“solo si se parte de un estado de necesidad de uno de los cónyuges, en el cual el otro tiene una economía saneada, de forma que la separación o divorcio implica un importante desequilibrio puede considerarse conculcando el derecho a la igualdad de los cónyuges y con ello contrario el pacto a la ley, en aras a lo establecido en el artículo 1328”*.

La sentencia 392/2015 se refiere a una absoluta precariedad de la demandante.

El artículo 1328 del Código Civil establece que: Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

CASO SEGUNDO: En escritura de capitulaciones, los futuros esposos, además de pactar el régimen de separación de bienes, se acuerda que "en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos".

¿Es válido tal pacto en caso de divorcio?

Se renuncia a pensión compensatoria y a compensación por trabajo para la casa – arts. 97 y 1438 del CC-. La exesposa entiende que no es válida porque no ha existido una contribución paritaria en el cuidado del hijo.

La STS del 13 de marzo de 2023 (ROJ: STS 879/2023 - ECLI:ES:TS:2023:879) declara que la renuncia incorporada a las capitulaciones matrimoniales es válida, con los siguientes argumentos:

La jurisprudencia de la sala ha venido admitiendo con amplitud el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre las personas casadas, a las que se reconoce el poder de autorregulación de sus propios intereses cuando se trata de materias disponibles. Ello de conformidad con el principio de libertad contractual (art. 1255 CC) y la libertad de contratación entre los esposos, que desde 1981 consagra el art. 1323 CC, en la línea con los principios constitucionales de libertad (art. 1 CE), igualdad (art. 14 CE) y libre desarrollo de la personalidad (art. 10). Con carácter general, además de las sentencias citadas por el recurrente, la sala ha dictado otras que han reconocido la validez y eficacia de pactos entre los esposos o entre los futuros esposos. Entre las más recientes, las sentencias 428/2022, de 30 de mayo, 315/2022, de 20 de abril, 130/2022, de 21 de febrero, y 59/2022, de 31 de enero, y las que se citan en ellas.

En el caso que debemos resolver, la renuncia por los futuros esposos a los derechos y acciones que pudieran corresponderles en el momento de divorcio se introdujo de manera preventiva en unas capitulaciones matrimoniales, junto al contenido típico referido al establecimiento de un régimen económico matrimonial de separación de bienes (art. 1325 CC).

Nos encontramos por tanto ante unos pactos en previsión de una crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia siempre que se cumplan los requisitos de los contratos (en especial, art. 1261 CC) y que respeten los límites infranqueables que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento (arts. 1255 y 1328 CC), en el entendido de que el orden público como límite a la autonomía de la voluntad para la ordenación de los efectos de la crisis matrimonial se identifica sustancialmente con los principios y valores constitucionales. Así, señaladamente, los pactos no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (art. 32 CE), ni ser contrarios al interés de los hijos menores (art. 39 CE). Tampoco pueden contravenir

normas imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan.

En la regulación del Código civil la compensación por desequilibrio y la compensación por el "trabajo para la casa" tienen carácter disponible, tanto en su reclamación, que puede renunciarse, como en su configuración. Ambas se conceden solo a petición de parte y su determinación judicial debe hacerse teniendo en cuenta los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges (art. 97 CC, para la compensación por desequilibrio), o a falta de acuerdo entre los cónyuges (art. 1438 CC, para la compensación por el trabajo doméstico). Los acuerdos sobre estos derechos, y en particular, los que incluyen su renuncia, pueden formar parte de convenios reguladores de la crisis matrimonial que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 90.2 CC, "serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges". Se introduce así con carácter excepcional un denominado "control de lesividad" que resultaría también aplicable a los pactos prematrimoniales que incluyan contenido propio de un convenio regulador. Por la excepcionalidad con la que se regula, es evidente que la lesividad no puede apreciarse sin más por el hecho de que se renuncie a derechos que corresponderían legalmente en caso de no existir renuncia, pero que se configuran por el legislador como derechos disponibles.

Partiendo del respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, la validez de sus acuerdos exige la formación libre del consentimiento.

En el caso, no se denunció por la esposa ningún vicio del consentimiento ni tampoco cabe presumir una relación de superioridad del futuro esposo respecto de ella que diera lugar a que su consentimiento no fuera libremente formado y emitido.

Se trata de un matrimonio celebrado por dos personas con cierta madurez, que llevaban cuatro años de relación sentimental, incluido un periodo de convivencia. Cuando otorgaron las capitulaciones, días antes de contraer matrimonio, los dos se encontraban divorciados (él con tres hijos de su

matrimonio anterior e importantes cargas económicas), es decir, contaban con una experiencia matrimonial fracasada y el conocimiento de lo que eso conlleva. La futura esposa disponía de una trayectoria personal y vital que impide hablar de una parte "débil" o ignorante que pudiera haber padecido error sobre las consecuencias de su renuncia: tenía en ese momento 43 años y era, según ha mantenido el recurrente, y ella no lo ha negado, licenciada en economía y empresaria autónoma.

Por otra parte, la intervención del notario que autoriza la escritura pública de capitulaciones matrimoniales garantiza que la futura esposa pudiera ser consciente de lo que implicaba la renuncia que firmaba, y en este sentido es significativo que en la escritura el notario hiciera constar lo siguiente: "manifiestan asimismo los señores comparecientes, aun advertidos por mí, (el notario) de la trascendencia y contundencia de este pacto, que quieren pactar, y en efecto pactan, que, en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos. A excepción de las acciones que amparen a los hijos comunes, en su caso".

Partiendo por tanto de un consentimiento libre y consciente, en el caso debemos rechazar que pueda apreciarse, por el contenido del pacto y su objeto, referido a derechos patrimoniales disponibles, algún límite a la autonomía privada que permita considerar que es lesivo. Como hemos dicho, para ello no es suficiente que en el momento de la disolución del matrimonio concurren los presupuestos para el reconocimiento de los derechos a que se ha renunciado, porque precisamente esa es la finalidad del pacto que los futuros esposos quisieron libremente por entender que así convenía a sus intereses. En la escritura no se exoneró al futuro esposo de contribuir a las cargas del matrimonio y ambos se reconocieron "la suficiente formación y cualificación profesional como para poder ejercer una actividad profesional que les permita satisfacer a día de hoy sus necesidades privativas de manera independiente, así como cooperar, de

manera proporcional a sus respectivos recursos económicos, al sostenimiento de los gastos comunes y cargas del matrimonio". En el momento de celebrarse el pacto, por tanto, partiendo del reconocimiento de la cualificación y capacidad de ambos, y en consecuencia de la posibilidad de obtención de ingresos propios y de la voluntad de mantener esa situación independientemente de la cuantía de sus patrimonios, la renuncia preventiva no puede considerarse lesiva para la esposa. En el caso, tampoco se perjudican los intereses del hijo común, que quedan garantizados por los alimentos reconocidos a su favor.

Cierto que la aparición de circunstancias no previstas puede colocar a un cónyuge en una situación que, por no serle imputable, puede hacer irracional exigir el cumplimiento de la previsiones negociales de los esposos, pero no es el caso, ni puede aceptarse el argumento de la sentencia recurrida acerca de que no se han cumplido las premisas de la renuncia porque el Sr. Julio continuara ejerciendo actividades profesionales remuneradas y, llegado el nacimiento del hijo común, la Sra. Covadonga se dedicara a su cuidado, sin que el cuidado personal del Sr. Julio fuera paritario. En el propio pacto acordado por las partes se contemplaba la posible contratación de terceros que complementarían la función de cuidado de los hijos, y la sentencia recurrida (al cuantificar las prestaciones que reconoce) tiene en cuenta que la dedicación de la esposa no fue "excluyente". En todo caso, la dedicación personal de la esposa, si además se dieran todos los respectivos presupuestos legalmente exigidos para una y otra figura, podría dar lugar al reconocimiento del derecho a la prestación compensatoria y de la compensación económica por el trabajo, pero no permite concluir que la renuncia previa a tales derechos sea ineficaz.

En el caso no se ha alegado, ni la sentencia menciona, que por alguna circunstancia extraordinaria la esposa no pudiera trabajar, primero tras la celebración del matrimonio y luego tras el nacimiento del niño. Tampoco se ha alegado que por concurrir alguna circunstancia fuera de lo común el cuidado del niño requiriera una dedicación especial que, al ser asumida en

exclusiva por la madre, la hubiera colocado, por no poder trabajar, en una situación de precariedad económica que las partes no pudieron contemplar al pactar las consecuencias económicas de un eventual divorcio. El presupuesto común de las previsiones de los futuros esposos fue que ambos contaban con capacidad para obtener ingresos separados y su voluntad libre fue mantener esa situación de total independencia de los patrimonios y excluir las prestaciones económicas y compensaciones que, de no mediar la renuncia, pudieran ser exigibles. Y ello, según recoge expresamente el pacto, "independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno" que, tal como resulta acreditado en la instancia, eran ya desiguales con anterioridad a la celebración del matrimonio.

De acuerdo con lo expuesto el TS estima el recurso de casación, casa parcialmente la sentencia recurrida y, declara que no ha lugar a establecer pensión compensatoria a favor de la exesposa, ni tampoco a la indemnización al amparo de lo establecido en el art. 1438 CC, y en consecuencia, para el caso de que se hubiera solicitado y obtenido el pago, establece que procede la devolución de las cantidades abonadas por tales conceptos con sus intereses.

Concluyo esta aportación agradeciéndole amigo lector su lectura, esperando haya sido de interés para ahondar sobre estos pactos todavía no muy comunes en nuestros tribunales. Un saludo.



