

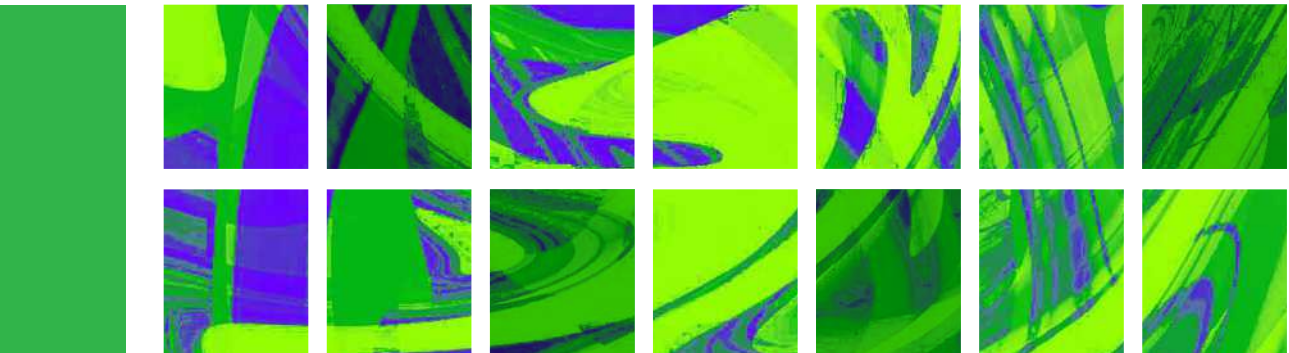
Incluye



Pactos prematrimoniales

En previsión de crisis matrimonial

Manuel García Mayo



Pactos prematrimoniales

En previsión de crisis matrimonial

Manuel García Mayo

© Manuel García Mayo, 2023
© LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es
<https://www.laley.es>

Primera edición: marzo 2023

Depósito Legal: M-8459-2023

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-9090-693-4

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-694-1

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.
Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

III. PATRIA POTESTAD, CUSTODIA Y ALIMENTOS

En lo que respecta a medidas atinentes a los menores de edad, y concretamente, en relación con la patria potestad, no tienen cabida los pactos a través de los cuales se prive a uno de los progenitores de la titularidad de la patria potestad, en tanto que se trata de una cuestión de orden público y solo cabe su privación por sentencia judicial en virtud de lo dispuesto en el art. 170 CC. Nótese, además, que no cabe la renuncia en perjuicio de terceros *ex art. 6.2 CC in fine*³²³.

No parece, en cambio, existir óbice para los pactos relacionados con la guarda y custodia de los hijos, así como, en su caso, con el régimen de comunicación y estancia de estos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos —régimen de visitas—, posibilidad contemplada, en relación con el convenio regulador, por los arts. 90.1.a y 92.5 CC. Y algo similar cabría decir respecto al establecimiento de un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos (art. 90.1.b CC) o, en relación con los animales de compañía, respecto al destino de los mismos, el reparto de los tiempos de convivencia y el cuidado y las cargas asociadas al animal (art. 90.1.b bis CC)³²⁴.

Cabe, sin embargo, hacer una precisión respecto al supuesto en el que lo que se pacte sea la guarda y custodia compartida. Sabido es que el art. 92.5 CC contempla, como presupuesto para que se acuerde tal medida, que así lo soliciten ambos padres: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento». Con lo contemplado en el referido precepto, se le está otorgando relevancia al acuerdo actual, razón por la cual distintos autores consideran que, si se diera el caso de que, habiéndose pactado de forma previa el régimen de custodia compartida de los hijos, una vez acaecida la crisis matrimonial alguno de los progenitores se separase de tal acuerdo, tal circunstancia dificultaría la exigibilidad de lo acordado ante el juez por faltar esa actualidad del acuerdo³²⁵. En cambio, no se ha de olvidar que, en virtud de lo dispuesto en el art. 92.8 CC, aun cuando no se cumplan los supuestos del apartado quinto de este precepto, el juez, a instancia de una sola de las

323. La STS de 24 de junio de 1931 considera irrenunciable la patria potestad, de manera que el padre que huyó a Francia, abandonando la familia, no puede considerarse que hubiera renunciado a la misma. Cuestión distinta es que el Tribunal considere que se trata de un abuso de su potestad paterna y que, por ello, le deniegue su ejercicio en base a que los tribunales pueden privar o suspender el ejercicio de la patria potestad por actos no solo presentes sino pretéritos.

324. Por curiosa, es de destacar la SAP de Valencia 418/2020, de 25 de septiembre, en la que se da por válido un pacto prematrimonial en el que se acuerda la custodia, no de los hijos, sino del perro. Sobre el concepto de animal de compañía, *vid.* GARCÍA MAYO, M., «El concepto de animal doméstico y de compañía», en *Un nuevo derecho civil para los animales: comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (coord. GARCÍA MAYO, M., y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2022, pp. 129-158.

325. *Vid.* AGUILAR RUIZ, L., «Los pactos prematrimoniales...», *ob. cit.*, pp. 31-32. Un paso más da MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, *ob. cit.*, pp. 113-114, quien considera que no ha de atribuirse la fuerza vinculante de los contratos al acuerdo prematrimonial en el que se pacte sobre la guarda y custodia, pues si, acaecida la crisis familiar, uno de los cónyuges decide apartarse de lo convenido

partes, podría acordar la guarda y custodia compartida si considera que solo así se protege adecuadamente el interés superior del menor.

En cuanto a la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos, sabido es que se trata de un derecho indisponible para las partes a la vista del tenor literal del art. 151 CC, siendo, por tanto, un derecho intransmisible e irrenunciable, sobre el que tampoco será posible transigir, *ex art.* 1814 CC: «No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales³²⁶, ni sobre alimentos futuros»³²⁷. No se podrá, por tanto, pactar la exclusión de la obligación de alimentos (ni respecto a los hijos ni entre cónyuges para el hipotético supuesto de separación de hecho). Ello, en cambio, no obsta para que se puedan alcanzar acuerdos sobre su cuantía,

anteriormente, pretender imponer lo acordado por la fuerza supone un peligro de que el resultado final ya no sea el más beneficioso para los hijos, y añade: «más bien, podría entenderse con un valor similar al de un precontrato, cuya eficacia vinculante para las partes solo nacerá si en el momento en que procediera su aplicación siguiera siendo querido por los cónyuges». Frente a esta opinión, hemos de añadir que, por más que existiera un pacto, en virtud de lo dispuesto en el art. 90.2 CC ese acuerdo ha de ser homologado judicialmente, por lo que el posible peligro de ese pacto a la vista del cambio de opinión de los progenitores será un factor más a tener en cuenta por el juez que, en cualquier caso, atenderá al interés de los menores.

326. Como comenta CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1814 CC», en *Comentarios al Código Civil* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Aranzadi, Pamplona, 2013, el significado de la norma es el genérico del art. 1255 CC, es decir, que no se puede contratar –ni, por tanto, transigir– sobre extremos sustraídos a la disponibilidad de las partes.

En relación con la referencia, en el art. 1814 CC, a la prohibición de transigir sobre cuestiones matrimoniales, GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. IV, Imprenta de Sociedad Tipográfica, Madrid, 1852, p. 132, comentando el entonces art. 1720 CC, ya decía: «Se puede transigir sobre las causas matrimoniales en favor, no en contra, del matrimonio, de modo que este se impida ó resuelva». La doctrina, por lo general, suelen considerar que con tal expresión «causas matrimoniales», lo que se prohíbe es transigir sobre la existencia o subsistencia del matrimonio, así: GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario al art. 1814 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1773, defiende que el referido precepto lo que prohíbe es transigir sobre la existencia o subsistencia del matrimonio; posición similar a la mantenida por OGAYAR AYLLÓN, T., «Comentario al art. 1814 CC», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 2005, quien mantiene que solo se refiere «a la sustancia del matrimonio –especialmente a la validez o nulidad del vínculo– y a los derechos de filiación, que son indisponibles».

Por su parte, RODRÍGUEZ MORATA, F., «Comentario al art. 1814 CC», en *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), t. IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12432-12431, aboga por una interpretación restrictiva del comentado artículo, como ocurre con toda norma prohibitiva: «Se puede transigir sobre cualesquiera cuestiones matrimoniales, siempre que éstas no afecten a la determinación de la validez o nulidad del matrimonio, ni perjudiquen los derechos de filiación»; y recuerda que en una separación o divorcio por mutuo acuerdo, las partes transigen y aceptan el cese de la convivencia en común o la ruptura del vínculo conyugal a cambio de unas determinadas prestaciones contenidas en el convenio regulador (régimen de visitas a los hijos, pensión compensatoria, guarda y custodia de los menores, etc.) que los jueces homologan siempre que no perjudiquen el interés de los hijos, una consecuencia del carácter esencialmente negocial que –dice– hay que atribuir al matrimonio moderno desde la Constitución Española de 1978 y la reforma del Código Civil de 1981.

327. *Vid.*, en este sentido, HIJAS CID, E., «Pactos prematrimoniales», *ob. cit.*, quien añade que lo que sí cabría admitir son los pactos sobre alimentos convencionales (*v. gr.* fijando la cuantía de los mismos en caso de sobrevenir una futura crisis matrimonial), teniendo efecto vinculante –y así lo defiende la jurisprudencia– solo si son voluntarios.

así como sobre sus bases de actualización. Esa posibilidad, de hecho, ya es contemplada en relación con el convenio regulador en el art. 90.1.d CC³²⁸.

Es clarificadora, en este sentido, la SAP de Guadalajara 31/2016, de 25 de febrero que, referido a un pacto entre los cónyuges no homologado judicialmente, dice³²⁹:

«[...] se reconoce la relevancia de dicho pacto, a los efectos de prueba y consideración en la fijación de los alimentos, como reconoce la Sentencia de la sección sexta de la Audiencia Provincial de la Coruña, sede en Santiago de Compostela, de fecha 15 de enero de 2013, "tal acuerdo [...] tiene, de un lado, valor vinculante para las partes, como negocios de derecho de familia, aun cuando no se introduzcan en el proceso matrimonial como convenios reguladores consensuados, lo que ha de matizarse cuando se trata de afectación de intereses no disponibles como los alimentos de los hijos menores; [...].

Es pues diferente que para el ordenamiento jurídico sólo pueda ser reconocido, con efectos constitutivos, como régimen legal alimenticio el obtenido a través de una resolución judicial que homologue en su caso un convenio; y que, *inter partes* y sin que por ello se perjudiquen los intereses del menor, puedan pactarse contribuciones derivadas de la autonomía de la voluntad que, como negocio de derecho de familia, puedan ser exigibles entre ellas"».

Sentencia, esta, que es, a su vez, citada por la SAP de Zaragoza 387/2017, de 23 de junio, referida a un pacto privado una vez surgida la crisis entre los miembros de una pareja de hecho. Esta sentencia reitera que los pactos, aun no homologados judicialmente, solo serán ineficaces en tanto contengan acuerdos sobre materia indisponible o contraria al orden público; ineficacia —dice— que habrá que valorarse teniendo en cuenta el contexto, finalidad, funcionalidad y bienes jurídicos objeto de protección. Por eso, aun reconociendo el carácter indisponible de los derechos que la ley concede a los menores (*v. gr.* alimentos), reconoce que el pacto que se refiera a ellos será eficaz siempre que fuese beneficioso para el menor.

Esa —considero— es la cuestión: el necesario control. Puede decirse —si se quiere— que, aun siendo cierto todo cuanto hemos referido respecto a los acuerdos a que se puede llegar en el convenio regulador, este y aquel —el pacto prematrimonial— son cosas distintas porque el convenio regulador entra en escena cuando la crisis es ya una realidad y, por tanto, se conoce esta última a efectos de fijar las distintas medidas. Sin dejar ello de ser cierto, no hemos de olvidar que todos los pactos que —según lo referido— son posibles, requerirán, en cualquier caso, de aprobación judicial, según lo dispuesto en el art. 90.2 CC, a fin de que no sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales

328. PAZ-ARES, I., ob. cit., p. 145, defiende la posibilidad de que los cónyuges fijen unos criterios con arreglo a los cuales se pueda determinar la pensión o su cuantía y que surtirá efectos hasta su eventual revisión judicial.

329. En lo que al supuesto de hecho concreto de la sentencia se refiere, la misma considera que fijar una cantidad a tanto alzado como pretenden los progenitores implica la renuncia al pago de los alimentos que pudieran exceder de esa cantidad, y añade, además, que la prestación de alimentos a favor de los hijos, por su propia naturaleza y destino, no puede compensarse con la deuda que el padre pueda mantener con la madre, aun cuando proceda del mismo concepto.

para uno de los cónyuges³³⁰. Como mantiene la STS 97/2005, de 14 de febrero, al referirse al valor de los convenios entre los padres:

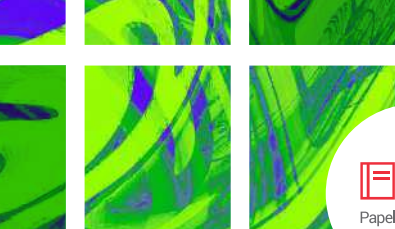
«[...] tanto la Constitución —artículo 39— como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno filiales —especialmente artículo 154 del Código civil— reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención —sin perjuicio de sus deberes de prestación— está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor, lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores [...]»³³¹.

En definitiva, tales pactos han de ser sometidos al control del juez, quien —considero— se encuentra vinculado por lo pactado por las partes siempre que respete el interés superior del menor, atendiendo a las circunstancias existente al sobrevenir la crisis familiar —momento en el que lo acordado ha de ser aplicado—³³². Este es, además, el espíritu que parece estar detrás del legislador con las modificaciones operadas a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, que, aun implementando el divorcio notarial, excluye de tal posibilidad aquellas separaciones o divorcios en los que existieran hijos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente modificada que dependan de sus progenitores, en cuyo caso deberán acudir, obligatoriamente, ante el juez (cfr. arts. 82 y 87 CC). En tanto que no intervino el juez —porque no era posible— al momento del otorgamiento del pacto prematrimonial, debería intervenir en el momento de la aplicación, cuando el pacto se presente en forma de convenio regulador, a efectos de homologarlo.

330. Apunta PARRA LUCÁN, M. A., *La autonomía privada...*, ob. cit., p. 34, que, partiendo del interés del menor, es necesario que cuando los padres se separan, incluso aunque medie un acuerdo, la adopción de las medidas atinentes a los mismos requiera de aprobación judicial. En p. 36, señala que, consecuencia del interés superior del menor, todos los acuerdos que puedan adoptarse son susceptibles de revisión judicial para dejar a salvo el referido interés.

331. La SAP de Madrid, 968/2019, de 18 de noviembre, en relación con la existencia de un acuerdo prematrimonial suscrito entre los cónyuges —y elevado a público— en el que se pactó que, en caso de existencia de hijos, la custodia sería compartida, la Sala mantiene que «los acuerdos prematrimoniales carecen de eficacia vinculante con respecto a estas medidas personales en relación con los menores de edad, pues no rigen en las mismas el principio dispositivo entre las partes, sino que ha de atenderse al interés o beneficio del menor, en cada momento y cada caso, por lo que habrá de estarse a las pruebas practicadas obrantes en autos», mismos términos en los que ya se había pronunciado la SAP de Madrid 687/2016, de 20 de julio. Por su parte, la SAP de Madrid 1003/2018, de 29 de noviembre, trae causa de un pacto en capitulaciones matrimoniales en virtud del cual el padre se obligaba, en caso de divorcio, a destinar el 33% de sus ingresos para alimentación de sus hijos; se resuelve en segunda instancia que el pacto al respecto no es de aplicación directa, sino que se han de valorar todas las circunstancias, en especial los ingresos de ambos progenitores y las necesidades del menor, a fin de establecer la cuantía.

332. Considera MEDINA ALCOZ, M., «Pactos prematrimoniales, "pacta sunt servanda" y modificación sobrevenida de las circunstancias», en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 784, que, si el acuerdo al respecto no causa perjuicio al menor y si las circunstancias objetivas desde que se adoptó hasta el momento de la ruptura no han cambiado, el juez deberá declararlo vinculante.



Papel

Digital

Acceso online a Biblioteca Digital smarteca:
consulte página inicial de esta obra

Los pactos prematrimoniales son un recurso cada vez más utilizado por quienes pretenden contraer matrimonio en un futuro inmediato, o bien, incluso, por aquellos que, habiéndose dado ya el «sí quiero», se encuentran en una fase de convivencia matrimonial pacífica, a fin de regular de forma anticipada —prever— las consecuencias tanto personales como patrimoniales de una eventual separación o divorcio.

Frente a esta realidad, la falta de regulación expresa de estos pactos conlleva que sean no pocos los aspectos que siguen siendo objeto de discusión entre la doctrina y la jurisprudencia. Esa es la razón de ser de esta monografía, que se divide en cuatro partes: una primera parte en la que se pretende definir qué es un pacto prematrimonial y determinar cuál es su naturaleza jurídica, cuestión de incuestionable trascendencia práctica a fin de precisar cuál es el régimen jurídico aplicable. La segunda parte de la obra se destina a los requisitos que han de cumplir estos pactos, haciéndose, así, un estudio del consentimiento, el objeto, la causa y la forma de los mismos, con una especial defensa de la necesaria intervención del notario como fedatario público. En una tercera parte del libro se abordan los límites que, desde el punto de vista del Derecho, van a delimitar la autonomía de la voluntad de las partes —ley, moral y orden público—, haciéndose especial hincapié en la libertad y en la igualdad entre los cónyuges. Culmina el presente trabajo con una cuarta parte en la que se trata la posible ineficacia de lo pactado y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En definitiva, el libro que el lector tiene entre sus manos constituye una obra de referencia para todos los operadores jurídicos, con la que, a través de una minuciosa investigación jurídica, se pretende dar respuesta a todos los interrogantes que se siguen planteando y terminar, así, con la inseguridad jurídica que actualmente existe en torno a los pactos prematrimoniales.

ISBN: 978-84-9090-693-4



3652461842



ER-0280/2005



GA-2005/0100