



Roj: **STS 879/2023 - ECLI:ES:TS:2023:879**

Id Cendoj: **28079110012023100213**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2023**

Nº de Recurso: **4354/2020**

Nº de Resolución: **362/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 362/2023**

Fecha de sentencia: 13/03/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4354/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/03/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 24.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 4354/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 362/2023**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 13 de marzo de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Julio , representado por la procuradora D.ª M.ª del Carmen Ortiz Cornago y bajo la dirección letrada de D. Luis Zarraluqui Navarro, contra la sentencia n.º 418/2020, de 3 de junio, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 107/2020, dimanante de los autos de divorcio n.º 481/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid. Ha sido parte recurrida D.ª Covadonga , representada por la procuradora D.ª M.ª de la Paloma Manglano Thovar y bajo la dirección letrada de D. Jesús Lluch Tejero. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D.ª Covadonga interpuso demanda de divorcio contencioso contra D. Julio , en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

"se acuerde la disolución por divorcio del matrimonio formado por Doña Covadonga y Don Julio , cesando cualesquiera poderes que los cónyuges pudieran haber otorgado el uno a favor del otro.

"- Asimismo se declare que el hijo común del matrimonio quede bajo la custodia de Doña Covadonga , siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

"- Se establezca el siguiente régimen de comunicación:

" *Hasta el cumplimiento de los 6 años:*

"Fines de semana alternos, los sábados y domingos de 10:00 de la mañana a 20:00 de la noche.

"Verano: quince días en julio, a elección del padre, desde las 10:00 hasta las 20:00.

"Navidades, la mitad de las vacaciones, dividida en dos periodos desde el último día del colegio hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 y desde ese momento hasta el día previo al inicio del curso escolar. Siempre siendo recogido el menor a las 10:00 y entregado a las 20:00. Los años pares el padre tendrá el primer periodo y los, años impares la madre tendrá el primer periodo.

"Semana Santa, la mitad de las vacaciones, dividida en dos periodos Siempre siendo recogido el menor a las 10:00 y entregado a las 20:00. Los años pares el padre tendrá el primer periodo y los años impares la madre tendrá el primer periodo.

" *A partir de los 6 años:*

"Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00.

"Un día entre semana, desde la salida del colegio hasta las 20:00 de la tarde, a elección del padre, con preaviso a la madre con 24 horas de antelación.

"Verano: quince días en julio y quince días en agosto, repartidos por quincenas no consecutivas. Las primeras quincenas serán para la madre años pares, y en año impar para la madre las primeras quincenas.

"Navidades y Semana Santa, el régimen propuesto para menor de 6 años, pero con pernocta.

"- El uso de la vivienda familiar corresponde a Doña Covadonga , al ser un piso en alquiler y estar el contrato a nombre de mi representada, y el Sr. Julio habiendo abandonado el mismo el pasado 20 de marzo.

"- Se fije a cargo del Sr. Julio la obligación de abonar mensualmente a mi mandante la cantidad de 500 euros como pensión alimenticia por su hijo común, desde la fecha de la presentación de la demanda, así como, el Sr. Julio asumirá directamente el coste del recibo escolar donde curse estudios su hijo Urbano , es decir, tanto la enseñanza, como el comedor, libros, ruta, material escolar, uniforme, excursiones con o sin pernocta, es decir cualquier gasto derivado del centro escolar.

"En el mismo sentido, el Sr. Julio deberá abonar en concepto de alimentos el importe del alquiler del piso donde reside durante dos años, es decir 1.400€. Al finalizar estos dos años, la pensión de alimentos del hijo Urbano se incrementará en 500€ al mes en concepto de contribución al alquiler.

"Los gastos extraordinarios de actividades extraescolares y deportivas del hijo del matrimonio o correspondiente a su formación y educación serán satisfechos en exclusiva por el esposo y padre.

"El padre abonará en exclusividad la póliza sanitaria privada y abonará los gastos extraordinarios médicos que no estén incluidos en la póliza.



"La pensión de alimentos ha de ser abonada desde la fecha de la interposición de la presente demanda, a tenor de lo establecido en el art. 148 del CC, practicándose la liquidación correspondiente sobre los gastos atendidos en estos meses.

"- El Sr. Julio estará obligado a abonar en concepto de pensión compensatoria a favor de mi mandante, la cifra de 800 euros mensuales, desde la fecha de la presentación de la demanda, que percibirá durante 2 años, cantidad todas ellas que deberán abonarse por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada mes y que serán revisables según las variaciones del índice de Precios al Consumo, que anualmente se publiquen por el Instituto Nacional de Estadística u organismo, público o privado, que en el futuro le sustituya. Así como abonará en un pago único la cantidad de 71.195,62€.

"- El Sr. Julio se obligará a abonar a la Sra. Covadonga la cantidad de 51.200€ en concepto de indemnización por razón de matrimonio en régimen de separación de bienes".

2. La demanda fue presentada el 7 de junio de 2018 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid, fue registrada con el n.º 481/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. D. Julio contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia en la que se acuerde:

"1. El divorcio del matrimonio.

"2. La disolución del régimen económico matrimonial.

"3. Que la patria potestad sobre el hijo común continúe siendo compartida entre ambos progenitores.

"4. El establecimiento de una guarda y custodia compartida del menor Urbano entre ambos progenitores, de lunes a lunes, con entregas y recogidas en el centro escolar y la pernocta de los miércoles para el progenitor que no lo tenga en su compañía esa semana, con recogida y entrega en el colegio.

"Para el supuesto de que un determinado lunes sea festivo o no lectivo, la entrega del menor se realizará el día siguiente lectivo en el centro escolar.

"8. Los gastos extraordinarios del menor serán abonados por mitad entre ambos progenitores previo acuerdo expreso tanto en los conceptos como en las cuantías.

"9. No establecer pensión compensatoria alguna a favor de la esposa al haber renunciado la Sra. Covadonga a la misma, no existir desequilibrio económico alguno entre los cónyuges y, por tanto, no cumplirse en este caso los requisitos legales establecidos en el artículo 97 del Código Civil y la doctrina y jurisprudencia que lo desarrolla para su establecimiento.

"10. No haber lugar a establecer indemnización alguna a favor de la esposa al haber renunciado la Sra. Covadonga a la misma, no existir mayor dedicación a la familia por parte de la esposa, al haber contado el matrimonio con los servicios de una empleada del hogar y, por tanto, no cumplirse en este caso los requisitos legales establecidos en el artículo 1.438 del Código Civil y la doctrina y jurisprudencia que lo desarrolla para su establecimiento.

"11. Condenar en costas a la parte actora".

4. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda.

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid dictó sentencia de fecha 11 de octubre de 2019, con el siguiente fallo:

"Estimar en parte la demanda y declarar disuelto por divorcio el matrimonio civil contraído el día 12 de diciembre de 2012 entre D. Julio y D.ª Covadonga, con los efectos inherentes a dicha declaración.

"Confirmar como definitivas las medidas provisionales acordadas en el auto de 20 de septiembre de 2018.

"No haber lugar a establecer pensión compensatoria ni indemnización a favor de D.ª Covadonga.

"Cada parte deberá abonar las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad".

6. Por la representación procesal de D. Julio se presentó escrito solicitando aclaración de la anterior sentencia que fue denegada mediante auto de 5 de noviembre de 2019.

#### **SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia**

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D. Julio y D.ª Covadonga.



2. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que los tramitó con el número de rollo 107/2020 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 3 de junio de 2020, con el siguiente fallo:

"Debemos estimar parcialmente los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de D. Julio y D.ª Covadonga frente a la sentencia de 11 de octubre de 2019, dictada en proceso de divorcio n.º 481/2018, tramitado en el juzgado de 1.ª instancia n.º 23 de Madrid, que se revoca parcialmente en el sentido de fijar que:

"1.- Las comunicaciones y estancias del padre con su hijo serán con pernocta desde esta sentencia, es decir desde el sábado a las 10,00 hasta el domingo a las 20,00 h, con recogida y entrega del menor en el domicilio materno. Pernoctas que también se darán en los periodos vacacionales.

"2.- En cuanto a las vacaciones de verano, se distribuirán entre ambos progenitores al 50%, considerando las mismas limitadas a los meses de julio y agosto. A falta de acuerdo se harán por quincenas alternas, eligiendo el padre los años pares y la madre los impares.

"3.- El padre abonará, dentro de los alimentos ordinarios, el 70% de la renta que se abona por el alquiler de la vivienda donde reside el menor con su madre.

"4.- D. Julio abonará a D.ª Covadonga, como pensión compensatoria la suma de 500€ mensuales, durante tres años a contar desde la notificación de esta sentencia. Pensión que se actualizará cada mes de enero, según las variaciones del IPC, y se abonará entre el 1 y el 10 de cada mes, mediante ingreso en la cuenta bancaria que al efecto se designe por D.ª Covadonga.

"5.- Como compensación por dedicación a la casa y familia, D. Julio abonará a D.ª Covadonga la suma de 30.000€.

"6.- Se mantienen el resto de medidas fijadas en la sentencia apelada.

"Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales devengadas en esta apelación".

### **TERCERO** . - *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. D. Julio interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse infringido por aplicación indebida y/o incorrecta los artículos 1.255 y 1.323 del Código Civil, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española".

2. Mediante providencia de fecha 8 de junio de 2022 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas y frente a esta, las partes y el Ministerio Fiscal presentaron escritos de alegaciones.

3. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 2 de noviembre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por D. Julio contra la sentencia dictada con fecha de 3 de junio de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 107/2020, dimanante del juicio de divorcio n.º 481/2018 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 23 de Madrid".

4. Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

5. Por providencia de 3 de febrero de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de marzo de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**.- El presente recurso trae causa de una demanda de divorcio interpuesta por la esposa quien, además de la disolución del vínculo, solicita la adopción de medidas definitivas referidas al hijo común del matrimonio, así como una pensión por desequilibrio y una compensación por extinción del matrimonio.



Con anterioridad a la celebración del matrimonio, las partes otorgaron una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que acordaron que el matrimonio proyectado se regiría por el régimen de separación de bienes y que, en caso de divorcio, nada se reclamarían el uno al otro por cualquier 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.

Atribuida la custodia del niño a favor de la madre, la Audiencia Provincial impone al padre, en concepto de alimentos ordinarios del hijo, la obligación de pago de una pensión de 500 euros mensuales, el pago de los gastos de educación, y el pago del 70% de la renta que se abona por el alquiler de la vivienda en la que el niño reside con la madre. La Audiencia reconoce además a favor de la exesposa una pensión compensatoria de 500 euros al mes durante tres años y una compensación por dedicación a la casa y a la familia de 30 000 euros.

Recorre en casación el esposo por un único motivo en el que denuncia que la sentencia recurrida no ha respetado lo acordado por las partes, infringiendo el principio de autonomía de la voluntad y la jurisprudencia de la sala sobre negocios jurídicos de familia.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. La sentencia de primera instancia, estimando en parte la demanda interpuesta por la esposa, declara disuelto por divorcio el matrimonio civil contraído el día 12 de diciembre de 2012 entre Julio y Covadonga .

La sentencia del juzgado, demás, confirma como definitivas las medidas acordadas en el auto de medidas provisionales en el que se atribuyó a la esposa la guarda y custodia del hijo menor común ( Urbano , nacido el NUM000 de 2014), se atribuyó a la madre y al hijo el uso del piso que había venido constituyendo la vivienda familiar, se fijó a cargo del padre el pago de una pensión de alimentos a favor del hijo por importe de 500 euros mensuales, así como el pago de los costes íntegros de la escolarización del menor, el setenta por ciento de los gastos extraordinarios, y se decía también que "el padre contribuirá igualmente a los alimentos mediante el abono del importe de la renta de 1 400 euros mensuales del arrendamiento de la vivienda en que reside el menor". Finalmente, el juzgado declaró "no haber lugar a establecer pensión compensatoria ni indemnización a favor de D.ª Covadonga ".

Por lo que se refiere a los alimentos a favor del niño, el juzgado razonó:

"Por lo que respecta a la pensión de alimentos y a la contribución del padre a los gastos de formación y mantenimiento del hijo común, incluido el coste del arrendamiento de la vivienda en que reside, no se ha demostrado en el acto de la vista que haya mediado una alteración sustancial de los factores que se ponderaron para acordar las medidas coetáneas adoptadas en el auto de 20 de septiembre de 2018 cuya parte dispositiva ha quedado transcrita, siendo lo procedente, en consecuencia, corroborar lo decidido. En todo caso, no ha lugar a añadir a la aportación del padre los gastos de desplazamiento del hijo al centro escolar en que cursa sus estudios ya que tal solicitud se plantea de forma extemporánea en el acto de la vista y sin perjuicio del aconsejable cambio a un colegio más cercano al domicilio en que reside, cuestión ésta que, de subsistir desacuerdo, deberá solventarse acudiendo al expediente regulado en el art. 86 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria".

Por lo que se refiere a la pretensión de la esposa de reconocimiento a su favor de una pensión compensatoria de 800 euros mensuales durante dos años o un pago único en la cantidad de 71 195,62 euros, así como la solicitud de indemnización de 51 200 euros al amparo del art. 1438 CC, el juzgado basa su desestimación en las siguientes consideraciones:

"A este respecto, debe significarse que en la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 23 de noviembre de 2012 otorgada ante el notario de Madrid D. Miguel Mestanza Iturmendi con el nº 1878 de orden de su protocolo, se estipula en su apartado quinto: "Los comparecientes reconocen poseer 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. Finalmente, los comparecientes manifiestan su intención de mantener en el futuro una dedicación paritaria a las cargas y deberes de su matrimonio y, en su caso, al cuidado de los hijos, bien directamente o mediante la contratación de terceros que complementen dichas funciones".

"En la estipulación sexta de la citada escritura pública se indica que: "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".

"(...)

"En el presente caso, los cónyuges concertaron en la referida escritura de 23 de noviembre de 2012, aportada como documento nº 2 con la demanda rectora, no sólo capitulaciones matrimoniales para establecer un régimen económico matrimonial de separación absoluta de bienes, sino también el mismo día, de forma consciente y ante el mismo notario un convenio regulador prenupcial, por lo que si bien tal acuerdo jurídico prematrimonial no viene regulado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, cabe otorgar plena validez y eficacia al mismo si, como acontece en este caso, se ha suscrito libremente al amparo del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 del Código Civil y de la posibilidad de los cónyuges de celebrar entre sí toda clase de contratos permitida en el art. 1323 de dicho texto legal.

"Partiendo de lo dicho, es inestimable la concesión de pensión por desequilibrio económico o indemnización alguna a favor de la actora y, en este sentido, la frívola invocación por parte de su defensa del art. 1328 del Código Civil, que en relación con las capitulaciones matrimoniales proclama que "será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge", carece de referendo legal ya que el referido precepto tiene como finalidad evitar que por vía de la convención privada puedan derogar los cónyuges normas que tienen carácter de orden público en la regulación de sus derechos, lo que no es el caso al tratarse de materias disponibles para las partes y susceptibles de transacción. La radical separación e independencia de las esferas patrimoniales de cada uno de los esposos que se pactó en dicha escritura hace inviable cualquier reclamación económica sin que, por otro lado, sea en este procedimiento donde quepa plantearse cualquier cuestión relativa al error en el consentimiento otorgado".

**2.** Las dos partes recurrieron en apelación la sentencia del juzgado. Por lo que interesa a efectos de este recurso, la Audiencia revoca parcialmente la sentencia del juzgado y fija que:

"3.- El padre abonará, dentro de los alimentos ordinarios, el 70% de la renta que se abona por el alquiler de la vivienda donde reside el menor con su madre.

"4.- D. Julio abonará a D.<sup>a</sup> Covadonga, como pensión compensatoria la suma de 500 € mensuales, durante tres años a contar desde la notificación de esta sentencia. Pensión que se actualizará cada mes de enero, según las variaciones del IPC, y se abonará entre el 1 y el 10 de cada mes, mediante ingreso en la cuenta bancaria que al efecto se designe por D.<sup>a</sup> Covadonga.

"5.- Como compensación por dedicación a la casa y familia, D. Julio abonará a D.<sup>a</sup> Covadonga la suma de 30 000 €".

**3.** Por lo que se refiere a los alimentos del niño, la Audiencia afirma:

"Por lo que respecta al importe de la pensión de alimentos que el padre debe abonar al hijo, en concreto lo relativo al pago del alquiler íntegro de la vivienda donde reside el menor y la madre, no considera este tribunal justificado y proporcional que el padre tenga que abonar el 100 % del mismo; dado que con ello se está abonando así mismo por esta vía, un derecho de habitación, es decir unos alimentos a favor de la exesposa, pese al divorcio acordado. Por ello consideramos más ajustado a derecho y proporcional a los ingresos netos/disponibilidad económica del padre que se sitúan, como mínimo, en torno a unos 100 000 € al año, si descontamos de sus ingresos recogidos en la última declaración de IRPF aportada, los gastos que enumera en su recurso, donde se incluyen la contribución a los alimentos de tres hijos de una relación anterior, que se abone por este concepto el mismo porcentaje que los gastos extraordinarios, es decir el 70 % de dicha renta. Al respecto, se debe tener en cuenta, que D. Julio pese a las alegaciones que hace en este motivo del recurso, en relación a su matrimonio anterior, firmó un convenio regulador, de fecha 19/6/09, en el que asumía abonar el 100 % de las cuotas de comunidad de la vivienda que siguen usando los hijos de dicha relación, folios 115 y ss."

**4.** Por lo que se refiere a la pensión compensatoria y a la compensación por dedicación a la casa solicitadas por la esposa la Audiencia, tras citar jurisprudencia sobre la validez y eficacia general de los convenios entre los cónyuges, añade que:

"[D]e cara a una posible renuncia a pensiones compensatoria, art. 97 del CC o indemnización por dedicación a la casa y a la familia, art. 1438 del CC, es necesario que los mismos se hayan realizado y se mantengan dentro de ciertos límites, previstos y previsibles, a fin de evitar posibles situaciones de desigualdad, desequilibrio o precariedad, que puede conllevar una nulidad o reajuste de dichos pactos.



"En el presente caso ha quedado acreditado que al menos desde que nació Urbano , ha sido la madre quien se ha dedicado fundamentalmente a su cuidado y atenciones personales, por lo que el padre, D. Julio , no ha cumplido esa contribución paritaria pactada en las capitulaciones matrimoniales; por ello esa renuncia estipulada en ellas sobre posibles reclamaciones patrimoniales entre los cónyuges, como consecuencia del matrimonio o convivencia, queda en cierto modo mitigada por no darse las condiciones y circunstancias establecidas en dichas capitulaciones. Por lo que no rige de forma absoluta esa renuncia pactada en las capitulaciones, debiéndose examinar las circunstancias del caso, para ver si procede o no reconocer a D.ª Covadonga las compensaciones que pide al amparo de los arts. 97 y 1438 del CC.

"En relación al art. 1438 del CC; inicialmente a la vista del texto de las citadas capitulaciones matrimoniales, donde se pacta como régimen económico matrimonial el de separación de bienes y una renuncia a reclamaciones futuras entre ellos por causa del matrimonio, convivencia, etc., se puede decir que existe una plena igualdad entre los cónyuges, dada su cualificación profesional y formación, así como por la información y advertencias recibidas del notario autorizante de las mismas; sin que en ellas se hable que ambos cónyuges estén realizando ya una actividad profesional o vayan a empezarla, sino más bien se habla de las facultades y posibilidades que ambos tienen para ello. Pero esa renuncia, está estrechamente vinculada la asunción por ambos cónyuges de contribuir también de forma paritaria a las cargas y deberes del matrimonio, así como al cuidado de los hijos, si los hubiera; sin que se haya acreditado en modo alguno la imposibilidad o carencia por parte de D.ª Covadonga de conocer e interpretar el alcance y contenido de las cláusulas pactadas".

5. El Sr. Julio interpone recurso de casación.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación está fundado en un único motivo, por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º LEC, por infracción por aplicación indebida y/o incorrecta los arts. 1255 y 1323 CC, en relación con el art. 9.3 CE. Cita las sentencias 569/2018, de 15 de octubre, 315/2018, de 30 de mayo, 392/2015, de 24 de junio, 572/2015, de 19 de octubre, y 217/2011, de 31 de marzo.

El recurrente impugna el reconocimiento de la pensión compensatoria y la indemnización que fija la sentencia recurrida en favor de la esposa, así como el pronunciamiento relativo a la obligación del padre de abonar, dentro de los alimentos ordinarios a favor del hijo común, el setenta por ciento del alquiler de la vivienda en la que reside el niño con su madre, y que el recurrente considera como una pensión compensatoria encubierta. Argumenta que en la escritura de capitulaciones otorgada antes de la celebración del matrimonio pactaron que nada se reclamarían en caso de divorcio en atención a la radical separación de patrimonios que las partes querían mantener. Considera que la sentencia recurrida infringe los arts. 1255 y 1323 CC porque no respeta los acuerdos recogidos en una escritura pública, en contra de la seguridad jurídica y de la jurisprudencia de la sala, que admite la validez de los contratos entre los cónyuges. Razona que no consta que haya quedado acreditado que el padre no atendiera al hijo, que la renuncia era independiente de la cuantía de los ingresos, que no se hizo constar que estuvieran ligadas la renuncia y la contribución paritaria a las cargas y al cuidado del hijo, y que no consta que la dedicación al cuidado de la familia, el matrimonio y la maternidad impidieran a la esposa desarrollar su carrera profesional.

Termina solicitando que, con casación de la sentencia, de declare:

"1) No haber lugar a establecer pensión compensatoria a favor de la exesposa, con efectos retroactivos desde la sentencia dictada en apelación (3/6/20).

"2) No haber lugar a establecer indemnización al amparo de lo establecido en el artículo 1.438 del Código Civil a favor de la exesposa, con efectos retroactivos desde la sentencia dictada en apelación (3/6/20).

"3) Condenar a la Sra. Covadonga a devolver al Sr. Julio todas las cantidades indebidamente percibidas en concepto de pensión compensatoria e indemnización desde la sentencia dictada en apelación (3/6/20), con los correspondientes intereses legales.

"4) Dejar sin efecto la obligación del Sr. Julio de abonar el 70% del alquiler del domicilio familiar sito en la CALLE000 nº NUM001 de Madrid (medida económica fijada erróneamente en concepto de pensión de alimentos a favor de menor cuando realmente se trata de una pensión compensatoria encubierta a favor de la Sra. Covadonga ).

"5) Condenar a la Sra. Covadonga a devolver al Sr. Julio todas las cantidades indebidamente percibidas en concepto de pensión compensatoria e indemnización desde la sentencia dictada en apelación (3/6/20), con los correspondientes intereses legales

"6) Condenar en costas a la parte contraria".

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal, en su informe, manifiesta que el pronunciamiento relativo al pago por el padre de un porcentaje de la renta del alquiler de la vivienda se impone al padre en concepto de gastos ordinarios,



por lo que su petición en este extremo debió ser inadmitida y debe ser desestimada, por cuanto la fijación de la cuantía de los alimentos es facultad discrecional del juez de instancia y en el caso la sentencia recurrida, y previamente la de instancia, motivan su decisión en interés del menor.

**CUARTO.-** La Sra. Covadonga alega causas de inadmisibilidad que no pueden ser aceptadas, al no tratarse de causas de inadmisión de las que esta sala considera absolutas. La doctrina de la sala, recogida en el auto del Pleno de esta Sala de 6 de noviembre de 2013 (recurso 485/2012), y reiterada después en numerosos autos y sentencias es la de que:

"[...] puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo del recurso, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia ( sentencias 667/2016, de 14 de noviembre, con cita de la 439/2013, de 25 de junio; 2/2017, de 10 de enero y 149/2017, de 2 de marzo)".

En este caso, y sin perjuicio de lo que diremos al resolver el recurso, la cuestión básica planteada por el recurrente es jurídica y se refiere a la eficacia de un acuerdo prematrimonial por el que los futuros contrayentes renuncian a reclamarse por cualquier 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. También se ha invocado el interés casacional con cita de la jurisprudencia de la sala. Procede por tanto que entremos a analizar la cuestión jurídica planteada en el recurso de casación.

**QUINTO.-** El recurso se funda en un único motivo porque trata de incluir en el ámbito de la renuncia contenida en las capitulaciones matrimoniales no sólo lo que pudiera corresponderle a la esposa como prestación por desequilibrio e indemnización compensatoria, sino también la cuantía que el tribunal de apelación ha reconocido, dentro de los alimentos debidos al hijo, referida al alquiler de la vivienda donde reside el menor con su madre. El argumento que utiliza el recurrente es que, de esta forma, se está reconociendo a la madre una pensión encubierta.

Este argumento del recurrente no puede prosperar porque realmente lo que está haciendo es cuestionar en casación la cuantía de los alimentos reconocidos a favor del hijo menor sin acreditar la vulneración del juicio de proporcionalidad entre los recursos de los progenitores en que se ha basado la Audiencia para fijar los alimentos.

Por ello, desestimamos la impugnación efectuada por el recurrente de la condena a abonar, dentro de los alimentos ordinarios, el setenta por ciento de la renta que se abona por el alquiler de la vivienda donde reside el menor con su madre.

La sala comparte las alegaciones de la fiscal sobre este particular cuando razona que, dado que el pronunciamiento relativo al porcentaje del alquiler se impone al padre en concepto de gastos ordinarios, su petición en este extremo afecta al interés del menor, pues gastos ordinarios son todos aquellos necesarios para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica de los hijos. Los gastos ordinarios son, por lo tanto, todos aquellos gastos previsibles, periódicos e indispensables para atender las necesidades primarias y elementales de los hijos.

Como advierte la fiscal, las sentencias de primera instancia y de apelación atribuyen la guarda y custodia del niño a la madre, y a la madre y al hijo les atribuyen el uso de la vivienda que ha venido constituyendo el domicilio familiar y en el que han venido viviendo y viven en régimen de alquiler. Dado que el hijo común menor vive en dicho domicilio, el importe del alquiler ha de ser sufragado por los progenitores necesariamente, si bien y a falta de acuerdo, en la proporción y porcentaje que los tribunales consideren adecuado y procedente a la vista de las circunstancias que concurran y se estimen acreditadas.

En este sentido, de acuerdo con reiterada jurisprudencia hay que tener en cuenta que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación salvo clara vulneración del juicio de proporcionalidad que el recurrente no justifica, alterando los parámetros tenidos en cuenta por la sentencia recurrida (recogiendo el criterio de la sala, recientemente, autos de 20 de febrero de 2023, rc. 5066/2022, de 8 de febrero de 2023, rc. 5218/2022).

La sentencia recurrida explica y argumenta las razones de su decisión, atendiendo a los ingresos, los gastos y la disponibilidad económica del padre, por lo que en este punto no puede admitirse el recurso de casación.





**SEXTO.-** Una valoración diferente merece la petición del recurrente referida a la supresión de la pensión por desequilibrio y de la compensación por el trabajo para la casa.

En el caso, los pactos discutidos se incluyeron en una escritura de capitulaciones en las que, además de pactar el régimen de separación de bienes, acordaron 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".

La exesposa entiende, al igual que el exesposo, que los términos acordados en la escritura de capitulaciones comportan una renuncia tanto a la prestación por desequilibrio ( art. 97 CC) como a la compensación por el denominado trabajo para la casa ( art. 1438 CC), pero argumenta, y su tesis ha sido acogida por la sentencia recurrida, que en este caso no rige la renuncia acordada porque, al no haberse dado la contribución paritaria en el cuidado del hijo, no se dan las condiciones y circunstancias pactadas en las capitulaciones. Partiendo de este presupuesto, la sentencia recurrida analiza si concurren los requisitos para reconocer la prestación por desequilibrio y la compensación por el trabajo para la casa, entiende que sí, y condena al exesposo a pagar por los dos conceptos.

El recurso de casación va a ser estimado porque la argumentación de la sentencia recurrida dirigida a privar de eficacia a la renuncia incorporada a las capitulaciones matrimoniales no es correcta.

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 norma 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 dañinos 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 ha denunciado 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, en los términos que ya hemos expuesto.

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, tal y como hemos advertido ya.

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 procede estimar parcialmente el recurso de casación, casar parcialmente la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, declarar 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. En



consecuencia, para el caso de que se hubiera solicitado y obtenido el pago, procede la devolución de las cantidades abonadas por tales conceptos con sus intereses.

**SÉPTIMO.-** La estimación parcial del recurso de casación comporta que no se impongan las costas devengadas por este recurso.

Se mantiene la no imposición de las costas de primera y segunda instancia.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Julio contra la sentencia dictada con fecha de 3 de junio de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 107/2020, dimanante del juicio de divorcio n.º 481/2018 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 23 de Madrid.

**2.º-** Casar parcialmente la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, declarar que no ha lugar a la prestación compensatoria por desequilibrio del artículo 97 del Código Civil ni a la compensación por el trabajo para la casa del artículo 1438 del Código Civil. En consecuencia, condenamos a Covadonga a devolver a Julio todas las cantidades que hubiera podido percibir por tales conceptos, con los correspondientes intereses legales.

**3.º-** No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido.

**4.º-** No imponer las costas de primera y segunda instancia.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.